



Trento Law and Technology Research Group Student Paper n. 10

Copynorms: Norme Sociali e Diritto d'Autore

Copynorms: Social Norms and Copyright

THOMAS PERRI

ISBN: 978-88-8443-427-2
COPYRIGHT © 2012 THOMAS PERRI

This paper can be downloaded without charge at:

Trento Law and Technology Research Group
Student Papers Series Index:
<http://www.lawtech.jus.unitn.it>

Unitn - eprints:
<http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00004005>

Questo paper Copyright © Luglio 2012 **Thomas Perri** è pubblicato con
Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate
3.0 Italia License. Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/>

COPYNORMS:
SOCIAL NORMS AND COPYRIGHT

ABSTRACT

Human behavior is not shaped by law alone. People are often far more influenced by informal rules and behavioral regularities – collectively mentioned as social norms – that interacts with the legal rules in many important ways, supporting, undermining, or substituting for law.

The main purpose of this essay was to investigate the role played by social norms in the general context of intellectual property. The focus was placed on those norms about the copying, distribution and use of expressive works (“copynorms” for short), in order to analyze their effects on copyright law. A further goal was to survey one of the worst cases of copyright law/copynorms divergence, represented by illegal file-sharing, the unauthorized share and distribution of digitally stored expressive works covered by copyright. Copyright law condemn this widespread practice, where copynorms support and authorize it, making difficult persuading people to comply with the law.

Thus far, efforts to change file-sharer’s behavior have focused on using increased enforcement and sanctions to deter file-sharers. These deterrence strategies have had limited success, and because of this ineffectiveness this work examines the efficacy of normative strategies, that tries to persuade people that compliance with copyright law is the right thing to do, shaping actual pro-file sharing norms in more copyright-supportive norms, in order to make people more likely to cooperate with copyright owners and on the other hand to comply with copyright law.

The multiple goals of this essay necessitated an interdisciplinary approach, which brought together a wide variety of scientific disciplines such as legal science, sociology, behavioral psychology, economic analysis of law and computer science.

KEYWORDS

Intellectual Property, Copyright, Social Norms, Copynorms, File
Sharing

About the author

Thomas Perri (thomas.perri@gmail.com) graduated in Law from the University of Trento under the supervision of Prof. Roberto Caso (July 2012). The opinions expressed in this paper and all possible errors are those of the Author's only.

COPYNORMS:
NORME SOCIALI E DIRITTO D'AUTORE

ABSTRACT

Il presente studio prende le mosse dalla constatazione che la legge non è l'unico strumento capace di regolare il comportamento delle persone. Le condotte individuali, infatti, sono molto più frequentemente influenzate da una serie di regole informali e da regolarità comportamentali – le norme sociali – che con la legge interagiscono continuamente e che sono in grado di determinare una serie di dinamiche di moderazione o di contrasto del controllo esclusivo derivante dalla legge sulla proprietà intellettuale.

L'obiettivo principale di questo elaborato è quello di indagare il ruolo ricoperto dalle norme sociali nel contesto generale della proprietà intellettuale. Particolare attenzione è rivolta nei confronti di quelle regole sociali che distinguono i comportamenti accettabili da quelli non tollerati in materia di copia, distribuzione ed utilizzo delle opere dell'ingegno – le c.d. *copynorms* – con l'ulteriore obiettivo di analizzare l'effetto che tali norme esplicano nei confronti del contesto particolare del diritto d'autore.

Un terzo obiettivo consta nell'esame approfondito di una delle ipotesi in cui la discrepanza tra il dettato legislativo e quanto considerato socialmente e moralmente accettabile è maggiore: si tratta del *file-sharing* illegale, cioè lo scambio non autorizzato attraverso la rete *internet* di materiale protetto da *copyright*. La legge sul diritto d'autore proibisce tale pratica sociale di copia e distribuzione, mentre le *copynorms* la sostengono ed autorizzano, rendendo difficile convincere le persone a comportarsi in maniera conforme alla legge. Stante l'inefficacia delle tradizionali strategie deterrenti, sono prospettate alcune possibili soluzioni di tipo adattivo e persuasivo, volte a modificare le attuali *copynorms* in una direzione maggiormente a sostegno del diritto d'autore. Solo in questo modo pare possibile riallineare il contenuto legislativo con

quello normativo e quindi sperare in un contenimento effettivo del fenomeno del *file-sharing* non autorizzato.

Il perseguimento di tali obiettivi, attraverso la chiave di lettura delle norme sociali e del progresso tecnologico, rende necessario il ricorso ad un approccio interdisciplinare, capace di avvalersi del sapere di scienze quali il diritto, la sociologia, la psicologia comportamentale, l'analisi economica del diritto e l'informatica.

PAROLE CHIAVE

Proprietà intellettuale, Diritto d'autore, Norme Sociali, Copynorms,
File Sharing

Informazioni sull'autore

Thomas Perri (thomas.perri@gmail.com) ha conseguito la laurea specialistica in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Trento nel luglio 2012, discutendo una tesi elaborata sotto la supervisione del Prof. Roberto Caso. Le opinioni espresse, così come eventuali errori ed imprecisioni, sono imputabili esclusivamente all'Autore.

COPYNORMS:
NORME SOCIALI E DIRITTO D'AUTORE

Thomas Perri

<i>Introduzione</i>	11
---------------------	----

Capitolo I - Delle norme in generale

1. L'espressione "norma"	15
2. Classificazioni delle norme	18
2.1. Le norme imperative: comandi e divieti	19
2.2. Le norme permissive	21
2.3. Le norme costitutive	22
2.4. Norme primarie e norme secondarie	24
3. Il diritto consuetudinario visto dall'antropologia giuridica	28
4. Le norme giuridiche	32
4.1. L'uomo animale sociale	33
4.2. La giuridicità	34
4.3. La socialità del diritto: pluralità di ordinamenti giuridici	35
5. I caratteri differenziali della norma giuridica	36
5.1. L'esteriorità e l'eteronomia	36
5.2. La coercibilità	37
5.3. Generalità ed astrattezza	38
6. La sanzione giuridica	40
6.1. Precetto e sanzione	40
6.2. Sanzioni negative e positive	42
6.3. Misure preventive e misure retributive/riparative	43
6.4. Punizione o riparazione?	44

Capitolo II - Le norme sociali

1. Le norme sociali come aspettative comportamentali	47
2. Comportamento regolare e comportamento regolato	52
3. Gli studi sulle norme sociali	54

3.1. Premessa	54
3.2. La marginalità del tema nella riflessione giuridica italiana	55
3.3. Law and Social Norms: analisi della dottrina giuridica statunitense	56
4. <i>Alcune nozioni di social norm</i>	62
5. <i>Razionalità individuale, cooperazione e norme sociali</i>	65
5.1. La teoria dei giochi: il dilemma del prigioniero e il problema dell'azione collettiva	67
5.2. Le interazioni ripetute: reciprocità e fiducia	70
5.3. Le norme sociali come soluzione dei problemi di azione collettiva	72
6. <i>Teorie sull'origine e l'osservanza delle norme sociali: l'approccio dell'analisi economica del diritto</i>	74
6.1. Cooter e la Internalization Theory (teoria dell'internalizzazione)	74
6.2. McAdams e la Esteem Theory (teoria della stima)	77
6.3. Posner e la Signaling Theory (teoria dei segnali)	79
7. <i>Le critiche mosse nei confronti dell'approccio economico-razionale</i>	83
8. <i>L'approccio dell'economia sperimentale e della psicologia sociale</i>	85
8.1. La New Chicago School e il Social Meaning	87
8.2. Elster e la tesi eclettica	90
8.3. Alcuni modelli offerti dalla psicologia sociale e cognitiva	93
8.3.1. Bicchieri – Constructivist theory of norms	93
8.3.2. Cialdini – Norme descrittive e norme prescrittive	95
8.3.3. Kelman - L'influenza sociale	96
9. <i>L'applicazione delle norme sociali</i>	97
9.1. Le sanzioni informali	97
9.2. Il sistema di controllo sociale elaborato da Ellickson	98
9.3. Sanzioni interne: senso di colpa, vergogna e interiorizzazione	99
9.4. L'enforcement delle norme sociali: le sanzioni esterne	101
9.5. L'interazione tra norme sociali e norme giuridiche	105

Capitolo III - *Copynorms*: norme sociali e diritto d'autore

1. <i>Norme sociali e proprietà intellettuale</i>	109
1.1. Brevetti per invenzioni e norme della comunità scientifica	111
1.2. Ricette gastronomiche	114
1.3. Segreti di maghi e prestigiatori	117
1.4. Le battute dei comici stand-up	119
1.5. Design dei capi di moda: the Piracy Paradox	120
2. <i>Le copynorms: norme sociali e diritto d'autore</i>	122
3. <i>L'importanza delle copynorms</i>	125

4. <i>Copynorms prescrittive e copynorms descrittive</i>	127
4.1. Alcuni esempi di copynorms prescrittive	127
4.1.1. Il modello copyleft e il software open source	128
4.1.2. Creative Commons	129
4.1.3. Le copynorms dei bibliotecari	132
4.1.4. L'etica hacker	133
4.2. Alcuni esempi di copynorms descrittive	134
4.2.1. Web 2.0, Social networks e User Generated Content (UGC)	135
4.2.2. Motori di ricerca e Google Books	137
4.2.3. Fotocopie e home recording	142
4.3. <i>Scene di vita quotidiana e copyright. Tutti colpevoli?</i>	144

Capitolo IV - Il caso del file-sharing: riconciliare copynorms e copyright

1. <i>Reti peer-to-peer e file-sharing</i>	147
2. <i>Copyright Wars: Napster e le strategie di deterrenza</i>	149
2.1 Azioni giudiziarie contro i produttori di software P2P: A&M Records Inc. v. Napster Inc.	149
2.2. Morto un Napster se ne fa un altro: i software di seconda e terza generazione	150
2.3. La lotta continua: il caso Grokster e il caso Limewire	152
2.4. RIAA vs. tutti: le azioni giudiziarie contro i consumatori	153
3. <i>Inefficacia delle strategie di enforcement basate esclusivamente sulla deterrenza legale</i>	154
4. <i>Le copynorms in materia di file-sharing</i>	159
4.1. Influenze motivazionali e comportamento contrario alla legge	160
4.2. L'influenza carismatica dei software peer-to-peer	164
4.3. Reciprocità e cooperazione condizionale nelle reti peer-to-peer	166
5. <i>Riconciliare norme sociali e legge sul copyright: le strategie di tipo normativo</i>	169
6. <i>Le strategie adattive: se non puoi batterli, unisciti a loro</i>	170
6.1. L'utilizzo di misure tecnologiche di protezione: i Digital Rights Management (DRM)	171
6.2. Il coinvolgimento delle Università e degli Internet Service Providers	172
6.3. Nuovi modelli di business: fornire una valida alternativa legale alle reti di file-sharing	174
7. <i>Le strategie persuasive: come manipolare le norme sociali</i>	177
7.1. Campagne di sensibilizzazione	177

7.2. La tragedia dei beni comuni digitali: indebolimento delle norme di reciprocità e riduzione dell'attrattiva delle reti P2P	178
7.3. Aumento del costo di upload ed insinuazione del dubbio	181
7.4. Sviluppare copynorms a sostegno del copyright: il caso delle jambands	184
<i>Conclusioni</i>	187
<i>Bibliografia</i>	197

Introduzione

Questo lavoro prende le mosse dalla constatazione che la legge non è l'unico strumento capace di regolare il comportamento delle persone. Le condotte individuali, infatti, sono molto più frequentemente influenzate da una serie di regole informali e da regolarità comportamentali – le norme sociali – che con la legge interagiscono continuamente e che sono in grado di determinarne, a seconda dei casi, un rafforzamento o un indebolimento.

La finalità della presente ricerca è quella di indagare il ruolo delle norme sociali nella proprietà intellettuale. In quest'ottica, particolare attenzione è stata dedicata a quelle regole informali che distinguono i comportamenti accettabili da quelli non tollerati in materia di copia, distribuzione ed utilizzo delle opere dell'ingegno – le c.d. *copynorms* – con l'ulteriore finalità di analizzare l'effetto che tali norme esplicano nei confronti del diritto d'autore.

Il perseguimento di tali obiettivi, attraverso la chiave di lettura delle norme sociali, ha reso necessario il ricorso ad un approccio interdisciplinare, capace di avvalersi del sapere di scienze quali il diritto, l'analisi economia, la sociologia e la psicologia comportamentale.

La trattazione si articola in quattro capitoli ed alcune conclusioni finali.

Nel primo capitolo, si cerca di offrire sia una panoramica delle norme in generale, intese come regole di comportamento, sia delle norme di tipo giuridico. Il tema è affrontato attraverso l'illustrazione delle varie definizioni che sono fornite dalla dottrina giuridica e filosofica, per poi passare alla enucleazione di una griglia di classificazioni delle norme e dei suoi caratteri distintivi. La parte finale del capitolo è, infine, dedicata al concetto di sanzione giuridica e al ruolo che la medesima sanzione svolge in relazione alla conservazione dell'ordinamento giuridico.

Nel secondo capitolo, l'indagine si estende in maniera specifica al campo delle norme sociali, allo scopo di illustrare le diverse teorie elaborate per lo più dalla dottrina d'oltreoceano con la finalità di dimostrare il fondamentale ruolo da esse svolto nel guidare il comportamento delle persone. Tale intento è

perseguito facendo ricorso agli strumenti tipici dell'analisi economica del diritto, della teoria dei giochi e delle interazioni ripetute, per poi passare ad una serie di modelli che si basano sui concetti di influenza sociale, propri della psicologia comportamentale. Infine, il capitolo si conclude con un'analisi approfondita del momento applicativo delle norme sociali, sia nei termini dell'apparato di sanzioni sociali di tipo reputazionale predisposto per garantirne la loro osservanza, sia nei termini di una loro capacità di fungere da collante per la società e strumento regolativo delle condotte individuali.

Nel terzo capitolo l'attenzione si rivolge al ruolo svolto dalle norme sociali nel contesto del diritto d'autore, o meglio del *copyright*, dato che lo studio prende ad esame la disciplina legislativa statunitense. La disamina prende avvio con l'illustrazione di una serie di ipotesi dove tali norme sociali possono andare a formare un vero e proprio sistema normativo che funge, alternativamente, da unica modalità di protezione dei beni creativi – nel caso in cui non esista alcuna protezione fornita dalla legge in materia di proprietà intellettuale – oppure da elemento di moderazione o contrasto del controllo esclusivo derivante dalla regolamentazione legislativa. Successivamente, il lavoro prende una direzione specifica, focalizzandosi nei confronti delle *copynorms*, le regole informali in materia di copia, distribuzione ed utilizzo del materiale protetto da *copyright*. In tale ambito il divario tra quanto stabilito dalla legge sul *copyright* e quanto è considerato socialmente ammissibile è piuttosto consistente, ed al proposito sono riportati alcuni esempi che dimostrano la discrepanza tra il contenuto della legge e quello delle norme sociali. Anche in questo capitolo gli strumenti utilizzati sono quelli propri delle scienze sociologiche, dell'analisi economica e della psicologia, oltre che del diritto, senza dimenticare gli spunti forniti dalla tecnologia.

Nel quarto ed ultimo capitolo, la riflessione sul rapporto tra *copynorms* e *copyright* è declinata nei termini di un'indagine approfondita sulla rilevanza delle regole sociali, avuto riguardo a quello che sembra essere diventato non solo un caso di inosservanza della legge, ma un vero e proprio fenomeno di massa: il *file-sharing* non autorizzato. Con questa espressione si vuole fare riferimento

all'arduo problema, in termini di aderenza al dettato legislativo, conseguente all'amplessima diffusione della pratica sociale consistente nello scambio non autorizzato nella rete *internet* di opere dell'ingegno protette da *copyright*. Si tratta, invero, di un'attività compiuta da milioni di persone in tutto il mondo, nella convinzione che si tratti di una pratica moralmente e socialmente accettabile (anche se rigorosamente vietata dalla legge). Il quarto capitolo si apre con una snella ricostruzione degli antefatti storici e tecnologici del *file-sharing* ed una descrizione delle pratiche sociali diffuse nelle comunità di condivisione *online* di contenuti protetti. Il prosieguo dell'analisi, invece, si propone di illustrare le varie soluzioni che sono state avanzate per risolvere il problema del *file-sharing*, molte delle quali dimostratesi poi del tutto inefficaci nel tentativo di combattere il dilagare di questo fenomeno. La ricerca scientifica dimostra come le persone osservino le leggi non tanto per il timore di incorrere in sanzioni legali, ma perché semplicemente ritengono che sia la cosa giusta da fare. Per questi motivi, il capitolo si concentra sull'analisi di una serie di strategie di tipo normativo, il cui obiettivo è di modificare le attuali *copynorms* a supporto del *file-sharing*, per costruirne di nuove maggiormente a favore del *copyright*.

Tutto questo permette di trarre sin da subito una conclusione: la soluzione al dilemma del *file-sharing*, in definitiva, sembra debba ricercarsi nella forza persuasiva delle norme sociali, nella loro capacità di convincere le persone che scaricare contenuti protetti da *copyright* non è soltanto contrario alla legge, ma è soprattutto moralmente e socialmente intollerabile. In altre parole, non è la cosa giusta da fare.

CAPITOLO I

DELLE NORME IN GENERALE

1. L'espressione "norma"

Il tentativo di fornire una definizione chiara e univoca del concetto di norma si scontra con almeno due ordini di difficoltà.

In primo luogo, il termine "norma" è usato nel linguaggio per alludere a una regola di qualsiasi tipo, e intesa in questo senso la norma è sinonimo di regola di situazioni, di azioni o di comportamenti umani: si pensi alla varietà di norme che sono qualificate come giuridiche, morali, sociali, sportive, igieniche, ortografiche, sociali, estetiche, ecc.

In secondo luogo, il concetto di norma è oggetto di studio da parte di una molteplicità di scienze: non solo la teoria generale del diritto e le discipline giuridiche particolari, ma anche la filosofia morale, l'economia, la sociologia e persino l'ambito tecnico-produttivo. In quest'ultimo settore, ad esempio, il concetto di norma fa riferimento al modo in cui si deve procedere per risolvere un determinato problema di fabbricazione, alle regole da seguire al fine di raggiungere un risultato ottimale dal punto di vista della qualità, della sicurezza e dell'economicità: si pensi alle locuzioni del tipo "messa a norma dell'impianto elettrico", oppure "cantiere a norma", ecc. Sono situazioni in cui il termine è ricondotto a una coincidenza con un modello che prescrive regole tecniche, rispettivamente sulla conformità degli impianti elettrici o della costruzione dei cantieri edili.

Non vi sono particolari difficoltà nello stabilire l'etimologia del termine italiano norma: deriva dal latino *nòrma*, che indica in senso proprio la squadra, cioè quello strumento adoperato per tracciare misure, rapporti di linee e angoli

retti¹. Ciò che è “a norma”, quindi, viene definito come “normale”, volendo alludere ad un concetto di *rectitudo geometrica* dal quale peraltro deriva anche il termine “diritto”. Normale si contrappone ad obliquo e, dunque, in senso metaforico a ciò che non è retto o, appunto, diritto.

Si è detto che il significato originario di norma è quello di uno strumento di misurazione ed oggetto di tale misura può essere non solo una cosa oppure un evento meccanico, ma anche un comportamento o un’azione dell’uomo, con la precisazione che una misurazione è sempre collegata ad un modello astratto ovvero ad una guida di riferimento². Ne segue che il concetto di norma è riconducibile alla coincidenza tra una determinata condotta e un modello-guida prestabilito, a una rettitudine del comportamento umano dettata dall’aderenza dello stesso a determinate regole predeterminate.

A questo punto possiamo tentare di offrire una definizione di norma sulla base delle considerazioni poc’anzi esposte, tenendo presente che, nella varietà delle concezioni di norma va registrata la ricorrenza di due accezioni.

Una prima accezione, largamente condivisa e a carattere imperativo, definisce la norma come un enunciato prescrittivo che guida e regola l’azione degli uomini, formulando un modello astratto da seguire, un criterio di giudizio cui ci si deve uniformare³. Le norme coordinano le aspettative, nel senso che orientano la condotta umana e le conferiscono un senso⁴.

Una definizione di norma che, pertanto, è sinonimo di regola di condotta e dalla quale emerge il fine e il risultato tipico di ogni proposizione normativa: stabilire una condotta tipica a cui azioni e comportamenti umani

¹ Cfr. M. MAZZIOTTI DI CELSO, voce *Norma giuridica*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXI, Roma, 1990, 1 e O. PIANIGIANI, voce *Norma*, in *Vocabolario etimologico della lingua italiana*, Roma, 1907.

² Cfr. V. FERRARI, voce *Norme e sanzioni sociali*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Vol. VI, Roma, 1996, 2.

³ Il vocabolario di lingua italiana Treccani, edizione on-line, definisce la parola “norma” in questi termini:

“regola di condotta, stabilita d’autorità o convenuta di comune accordo o di origine consuetudinaria, che ha per fine di guidare il comportamento dei singoli o della collettività, di regolare un’attività pratica, o di indicare i procedimenti da seguire in casi determinati”. Disponibile all’URL: “<http://www.treccani.it/vocabolario/norma/>”.

⁴ Così come la norma guida l’azione umana conferendole un senso, la mancanza di norme, o anomia, disorienta e rende l’azione priva di senso. Cfr. E. DURKHEIM, *Il suicidio. L’educazione morale*, Torino, 1969, 306.

debbano conformarsi (fine prescrittivo) ed ottenere come risultato una tipicità del comportamento.

A questa prima accezione aderiscono anche i filosofi, i quali riconducono il concetto di norma alla distinzione e contrapposizione tra il dominio empirico del fatto (cioè della necessità naturale) e il dominio razionale del dover essere – il *Sollen* – (cioè della necessità ideale)⁵.

Una seconda accezione, condivisa nell'ambito della sociologia e che potremmo definire di tipo descrittivo, prende le mosse dall'analisi empirica dell'agire umano nella società e conclude per l'esistenza di un'equazione del tipo: norma = regolarità comportamentale. Il termine norma viene, dunque, usato per designare il comportamento che si osserva con maggiore frequenza in una determinata popolazione. Questa nozione, quindi, fa perno sul concetto di comportamento regolare, dal quale, attraverso un ragionamento di tipo induttivo, è possibile riscontrare l'esistenza di una norma⁶ e quindi di una "normalità".

Si pensi al caso delle scale mobili: chiunque abbia preso una metropolitana o sia stato in un centro commerciale in Germania o in Inghilterra, avrà sicuramente notato come le persone che fanno uso delle scale mobili si posizionano ordinatamente sul lato destro della scala, lasciando a sinistra uno spazio per fare passare chi va di fretta. Se è possibile osservare che questa condotta viene tenuta dalla maggior parte delle persone, potremmo concludere che la "norma" o "normalità" è costituita dalla modalità "mettersi in fila sul lato destro della scala mobile" ed è ciò che fa la maggioranza delle persone in maniera regolare. Lo stesso non può valere, ad esempio, in Italia, dove le persone si posizionano per lo più a caso sulla scala mobile, rivelando così in questo contesto l'assenza di una norma del tipo testé menzionato.

In sintesi, se volgessimo il nostro sguardo al modo in cui gli esseri umani agiscono nella vita di tutti i giorni, ci renderemmo facilmente conto di

⁵ A. CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, Roma-Bari, 2010, 119.

⁶ Il tema delle norme sociali è ampiamente oggetto di studio da parte della dottrina, sia italiana che straniera, in particolare l'attenzione su questo tema verrà concentrata diffusamente nel capitolo II.

come comportamenti umani non sono per nulla casuali, ma seguono una certa uniformità, come se fossero indirizzati da regole che prescrivono o vietano determinati comportamenti e che ne consentono altri⁷.

Nel suo libro *Contributi a un dizionario giuridico*, Norberto Bobbio descrive in maniera esemplificativa il modo in cui una norma possa condizionare il comportamento umano, inducendo una persona a non fare quello che avrebbe fatto se la norma non fosse esistita, oppure spingendolo a fare quello che, in assenza della norma, non avrebbe fatto:

“Un uomo passeggia in un giardino. S’imbatte in un cartello che reca scritto: ‘è proibito calpestare l’aiuola’. Si ferma un momento. Gli sarebbe stato comodo attraversarla per giungere più rapidamente dall’altra parte. Ma non l’attraversa e allunga, se pure a malincuore, il cammino. Intanto, finito di leggere il giornale, sta per gettarlo in terra, quando ricorda di aver visto un cestino con su scritto: ‘Rifiuti’. Torna indietro a suo dispetto e ve lo butta dentro”⁸.

Questo breve racconto mostra come il comportamento dell’uomo che passeggia nel giardino sia stato guidato e modificato, o anche solo condizionato, da parte di una pluralità di norme. Nel primo caso quell’uomo è stato indotto a fare quello che non avrebbe voluto, giacché il cartello recava evidentemente un ammonimento ben preciso, cioè di non calpestare l’aiuola; tale segnale esterno di tipo prescrittivo ha determinato una prima modificazione della condotta dell’uomo, poiché in conseguenza di ciò, egli ha allungato il percorso. Nel secondo caso la norma ha sollecitato un determinato comportamento poiché l’uomo ha compiuto un’azione che, in assenza della norma stessa non avrebbe compiuto, cioè buttare il giornale nel cestino della carta straccia.

2. Classificazioni delle norme

⁷ Cfr. V. POCAR, *Il diritto e le regole sociali. Lezioni di sociologia del diritto*, Milano, 1997, 9.

⁸ N. BOBBIO, *Delle norme in generale (X)*, in N. BOBBIO, *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, 177.

2.1. *Le norme imperative: comandi e divieti*

Una prima classificazione⁹ da compiere nell'ambito delle norme in generale è quella fra norme positive (comandi) e norme negative (divieti).

Si tratta di una distinzione che trova le sue radici nel carattere imperativo delle norme e cioè nella loro capacità di incidere nei confronti della volontà dell'uomo determinando la modalità del dover essere (*Sollen*)¹⁰.

Tale carattere costringitivo può manifestarsi o sotto forma di comando, o sotto forma di divieto.

Una norma assume i connotati di un enunciato di comando nel momento in cui impone ai suoi destinatari di tenere una certa condotta positiva in presenza di determinate circostanze. Questo tipo di enunciati pertanto sollecitano la sfera volitiva del destinatario, facendo in modo che quest'ultimo tenga un comportamento ben specifico. Richiamando l'esempio dell'uomo che passeggia nel giardino, il carattere di comando è rappresentato dal segnale "si devono gettare i rifiuti nel cestino" (nello specifico dall'operatore deontico "devono") e il comportamento dell'uomo è stato sollecitato poiché la norma gli ha intimato una specifica condotta commissiva, rappresentata dal gesto di buttare il giornale nel cestino anziché altrove.

Si parla, invece, di divieto o norma negativa in tutti i casi in cui la norma si atteggia come enunciato che impone al destinatario di tenere una condotta negativa ovvero di omissione rispetto ad una determinata fattispecie. Nell'esempio testé riportato, la norma negativa vieta all'uomo che passeggia nel giardino di calpestare il prato, costringendolo, seppur di malavoglia, ad allungare il percorso.

⁹ In questo paragrafo saranno proposte alcune classificazioni che tradizionalmente sono operate nella vastissima letteratura sulle norme. Talune di queste presentano maggiore rilevanza all'interno di specifici discorsi scientifici, in particolare quelli della teoria giuridica, sociologica, filosofica, ecc., ma ai fini di questo studio sarà mia premura concentrare l'attenzione su quelle distinzioni che maggiormente presentano punti di contatto tra le varie concezioni normative.

¹⁰ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1990.

Per ciò che concerne, invece, gli effetti che le norme in esame producono, va constatato come gli imperativi positivi abbiano senza dubbio una connotazione di tipo esclusivo, in quanto precludono al destinatario la possibilità di scegliere una condotta alternativa rispetto a quella imposta in quel determinato contesto¹¹: si pensi, nell'ambito giuridico, all'art. 1476 del codice civile che impone in capo al venditore una serie di obblighi, o nell'ambito sociale alla (buona) norma che sollecita chi è appena passato da una porta di tenerla aperta per pochi secondi a beneficio di chi segue¹².

Le norme che vietano, al contrario, hanno un carattere restrittivo, in quanto si limitano a comprimere l'ipotetico ventaglio di scelte fruibili dal destinatario, senza inibire *tout court* le alternative non contemplate dall'imperativo.¹³ In occasione di un corteo, ad esempio, il Comune dispone un divieto di circolazione in molteplici strade della città. Una prescrizione di questo genere ha carattere limitativo poiché l'automobilista dovrà scegliere un'altra strada per arrivare in ufficio, mentre il divieto di circolazione in quelle strade implicherà il permesso di circolare in tutte le altre¹⁴.

Sulla base delle considerazioni e degli esempi sopra esposti, consegue che, generalmente, gli imperativi negativi comportano per il destinatario uno sforzo minore rispetto agli imperativi positivi. Infatti, per osservare un divieto sarà sufficiente astenersi dal fare qualcosa, mentre nel caso di un comando l'individuo destinatario dell'imperativo astratto deve adoperarsi attivamente per conformarsi al dettato normativo.

¹¹ BOBBIO, *Delle norme in generale*, cit., 190.

¹² È chiaro che la sfera del normativo inerisce esclusivamente ai comportamenti che non sono né impossibili né necessari: prova di questo sono le disposizioni che, da un lato, considerano come non apposte le condizioni contrattuali impossibili (in ossequio al brocardo latino "ad impossibilia nemo tenetur"), dall'altro si vedano le disposizioni penalistiche che escludono la punibilità di chi abbia agito in stato di necessità.

¹³ In ambito giuridico la branca del diritto maggiormente ricca di imperativi negativi è quella penalistica.

¹⁴ Questo discorso classificatorio assume come effettiva la volontà del destinatario della norma di conformarsi al precetto normativo, al fine di non incorrere in quelle sanzioni (formali o informali) che l'ordinamento (giuridico, sociale, ecc.) pone a sostegno dell'osservanza delle norme che compongono l'ordinamento stesso. V. *infra* il paragrafo dedicato alle sanzioni per maggiori approfondimenti.

2.2. Le norme permissive

Una seconda categoria di norme individuata dalla dottrina è quella delle c.d. norme permissive. Si tratta di una tipologia di norme che attribuisce ai destinatari delle stesse il “permesso”, in determinate circostanze, di compiere una determinata azione. La differenza con la categoria di norme esaminata poc’anzi è presto detta: non siamo qui in presenza di norme imperative, cioè di norme che comandano o proibiscono, che stabiliscono cosa è obbligatorio e cosa è proibito, bensì ci troviamo di fronte a norme che producono l’effetto di rendere possibile ad una determinata persona un certo comportamento, definendolo come lecito o permesso.

Le norme permissive non sono autosufficienti: la loro esistenza è strettamente legata alle norme imperative, dalle quali dipendono. Le ragioni di questa sussidiarietà sono implicite nella stessa nozione di norma permissiva: quest’ultima ha ragion d’essere in quanto consti l’esistenza di una norma imperativa, la quale imponga l’obbligo, per tutti i soggetti non contemplati dalla prima, di tenere una condotta determinata¹⁵.

Funzione principale della specie di queste norme è, dunque, quella di negare gli effetti di norme imperative precedenti o contemporanee, oppure di limitarne l’estensione, cioè di avere un tratto distintivo di tipo abrogante o derogante.

Tuttavia, non ogni comportamento umano deve essere permesso esplicitamente da una norma affinché rientri nella sfera della liceità. La massima “tutto ciò che non è proibito è permesso” ci conduce invero ad una doverosa precisazione, infatti “altro è passeggiare liberamente in un giardino al di fuori dello spazio delimitato dal cartello ‘Proibito calpestare le aiuole’, altri è entrare senza pagare il biglietto in un museo sul cui portone è scritto ‘Ingresso libero’; nel primo caso il comportamento è permesso perché non è vietato, nel

¹⁵ Una prova di questa sussidiarietà è fornita dal fatto che, mentre può ben esistere un sistema normativo composto esclusivamente o in prevalenza da obblighi e divieti (saremmo di fronte ad uno Stato totalitario), non è concepibile un sistema composto da sole norme permissive.

secondo è permesso perché è espressamente dichiarato tale”¹⁶. Solo in quest’ultimo caso rientriamo propriamente nella sfera delle norme permissive.

2.3. Le norme costitutive

La figura delle norme costitutive trae le sue origini da alcune teorizzazioni sorte nell’ambito dell’analisi del linguaggio. Intorno agli anni Sessanta del secolo scorso, il filosofo morale John Searle¹⁷ proponeva la distinzione tra regole costitutive e regole regolative. Qualche anno prima, il filosofo del linguaggio John Austin teorizzava i cosiddetti enunciati performativi, cioè quelle asserzioni attraverso le quali non ci si limita a constatare o descrivere qualcosa, ma si compie ciò che si dice di fare producendo così un fatto reale. Richiamando il titolo di un saggio di Austin, si tratta di “fare cose con parole”¹⁸.

Esempi di enunciati performativi sono: “Vi dichiaro marito e moglie”, “Battezzo questa nave *Queen Elizabeth*”, “Scommetto 10 euro che domani nevicherà”. In questi casi l’azione consiste non in un fare, ma in un dire, e l’effetto si realizza congiuntamente alla pronuncia dell’enunciato stesso.

Attraverso tali teorizzazioni si è ritenuto di poter spiegare alcune problematiche giuridiche. Vi sono alcune norme, infatti, che anziché atteggiarsi come enunciati prescrittivi aventi ad oggetto un modello comportamentale, il

¹⁶ BOBBIO, *Delle norme in generale*, cit., 195.

¹⁷ Cfr. J.R. SEARLE, *Atti linguistici: saggio di filosofia del linguaggio*, Torino, 1969. Searle distingueva tra regole costitutive e regole regolative, intendendo le prime come quelle che definiscono fatti, cioè pongono in essere delle attività che non potrebbero esistere al di fuori delle regole stesse, mentre le seconde sono quelle regole che disciplinano attività la cui esistenza è anteriore e logicamente indipendente rispetto alle regole stesse. Esempi di regole costitutive sono le regole del gioco (degli scacchi, del calcio, ecc.): senza queste regole, gli scacchi o il calcio non esisterebbero, o sarebbero un altro gioco. Esempi di regole regolative se ne trovano a decine: la norma (sociale) che impone di togliersi il cappello entrando in chiesa, la norma (giuridica) che obbliga l’acquirente a pagare il prezzo della cosa compravenduta, e via dicendo.

¹⁸ John L. Austin ha elaborato la teoria degli atti linguistici, la quale si basa sulla considerazione che, attraverso una determinata asserzione, si possa giungere ben oltre la mera descrizione dello stato dei fatti o compiere una constatazione, compiendo vere e proprie azioni in ambito comunicativo ed esercitando un influsso sul mondo circostante. Il principale lavoro di Austin in materia è J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, Oxford, 1975.

cui effetto dipende dal comportamento che segue, costituiscono direttamente il proprio effetto. In questo senso si parla di norme costitutive, le quali attuano di per sé stesse l'effetto giuridico indicato. Si pensi, ad esempio, alle norme contenenti definizioni e classificazioni (art. 2082 cod. civ., nozione di imprenditore: “chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi”) o creatrici di *status* (art. 33 L. 31 maggio 1995, n. 218 “lo stato di figlio è determinato dalla legge nazionale del figlio al momento della nascita”) o abrogative di norme anteriori. In questi casi non viene prescritto un modello di comportamento, non si tratta di norme che comandano qualcosa ad una cerchia di destinatari, ma che semplicemente producono un effetto dichiarandolo immediatamente: si definisce l'imprenditore, lo status di figlio, si abroga una norma precedente.

A prima vista, e così definite, le norme costitutive sembrerebbero prive di significato prescrittivo e sulla loro autonomia potrebbe sollevarsi qualche dubbio.

Eppure, numerosi autori hanno manifestato perplessità su questo punto, precisando come anche questa tipologia di norme, nel momento in cui produce effetti giuridici, non può che risolversi in regole di condotta¹⁹.

Così, quella norma che definisce lo *status* di figlio, avrà certamente un effetto costitutivo nei confronti di quel soggetto che è appena nato, ma ciò non toglie che sia prescrittiva nei riguardi del padre e della madre, cioè nei confronti di altri soggetti che sono tenuti ad una serie di doveri nei suoi confronti. Nel caso della norma abrogante, questa si potrebbe interpretare nel senso di una disposizione che orienta la condotta di coloro che, sino a quel momento, erano tenuti ad osservare la norma abrogata, e che da quel momento in poi non dovranno più attenersi²⁰.

¹⁹ Cfr. CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, cit., 140 e MAZZIOTTI DI CELSO, voce *Norma giuridica*, cit., 7.

²⁰ Non bisogna prendere troppo sul serio la forza performativa del linguaggio prescrittivo: tali norme sono pertanto strumentalmente costitutive, ed essenzialmente di condotta.

2.4. Norme primarie e norme secondarie

Nei paragrafi precedenti si è parlato di norme intese come regole prescrittive alle quali ci si deve attenere per non incorrere nelle sanzioni che l'ordinamento predispone a garanzia dell'osservanza delle norme stesse. Possiamo definire questo tipo di regole, che hanno la finalità originaria di condizionare i comportamenti, come “norme primarie” o “norme di prima istanza”. Tali norme, tuttavia, non sono le uniche che caratterizzano le società contemporanee.

È possibile invece individuare un'altra macro-categoria, quella delle cosiddette “norme secondarie”, altrimenti definite “norme di seconda istanza” o “metanorme”, la cui peculiarità è quella non già di essere rivolte ai consociati per guidarne la condotta nelle diverse situazioni della vita di tutti i giorni, bensì di regolare quei particolari atti umani che sono gli atti di produzione delle norme²¹.

L'individuazione di questa tipologia di norme è il frutto di un quesito sibillino. Come nascono tutte quelle regole comportamentali che costituiscono il diritto oggettivo di ogni società moderna? Chi stabilisce le modalità attraverso cui queste dispiegano la loro efficacia, vengono modificate e, quando necessario, tolte di mezzo? La risposta ci viene data dalla *species* “norme secondarie”, le quali ricomprendono tutte quelle disposizioni che si occupano, appunto, di stabilire le modalità attraverso le quali le norme primarie nascono, vengono conservate ed infine cessano di esistere: per questi motivi si parla di norme di seconda istanza, o, in maniera più significativa, di “metanorme”, in quanto sono norme che regolano altre norme.

All'interno della scienza giuridica tradizionale, la coppia terminologica norme primarie e secondarie è stata oggetto di studio da parte di numerosi autori, i quali hanno offerto nel corso degli anni numerose interpretazioni, anche piuttosto differenti tra loro e per lo più condizionate dal momento

²¹ CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, cit., 125.

storico in cui il singolo studioso si è trovato a vivere. Dobbiamo tornare indietro nel tempo fino all'Ottocento per rinvenire una teoria delle norme primarie e secondarie che si avvicini in qualche maniera a quella proposta poc'anzi.

Inizialmente la scienza giuridica tradizionale concordava nel ritenere primaria la norma precettiva, cioè quella che stabilisce il modello comportamentale per i consociati, relegando ad una posizione di norma secondaria quella che prevedeva la sanzione in caso di inosservanza. Una distinzione, questa, che poneva l'accento su un concetto di sanzione intesa come elemento di disturbo del sistema, come un evento che impedisce un armonioso sviluppo della società civile. La norma secondaria assumeva un aspetto di tipo incidentale, si trovava in una posizione gerarchicamente inferiore a quella primaria, in quanto interveniva al solo scopo di rafforzarne e conservarne il vigore.

Con gli studi di Rudolf von Jhering, esponente della Scuola storica, si assisteva ad un primo capovolgimento di questa visione, poiché primaria in senso di importanza diventava la norma sanzionatoria anziché quella precettiva. Questa concezione è figlia del periodo politico-istituzionale in cui è vissuto il giurista tedesco, dove a fronte della pressione esercitata dalle nuove forze sociali si voleva rinforzare l'autoreferenzialità dello Stato²².

Siamo ormai all'inizio del XX secolo, periodo nel quale la situazione si evolveva ulteriormente, determinando un progressivo indebolimento dello Stato, al quale si accompagnerà un definitivo capovolgimento del rapporto ottocentesco tra norma primaria e norma secondaria²³. Hans Kelsen, noto giurista austriaco, tenta di declinare in maniera scientifica la distinzione jheringhiana. L'intento comune è quello di attribuire natura primaria alle norme

²² In questa visione i veri destinatari delle norme giuridiche sono i funzionari dello Stato, i giudici, coloro che dovranno di fatto applicare le sanzioni. Viene concentrata l'attenzione sulla capacità coercitiva dello Stato-persona, lo Stato come ente che produce il diritto e sta dietro il diritto, quel diritto che si compone delle norme che, contenendo un imperativo astratto indirizzato agli organi del potere statale, mettono in secondo piano la loro osservanza da parte del popolo.

²³ Cfr. BOBBIO, *Delle norme in generale*, cit., 233.

sanzionatorie, ma le basi ideologiche da cui muovono i due giuristi sono differenti. Jhering ha una visione molto autoritaria dello Stato, unico soggetto dal quale promanano le norme e che sta dietro di esse, ente quasi personificato del quale si celebra la capacità di forzare e dominare le azioni dell'uomo. Kelsen, al contrario, vuole spogliare la distinzione norma primaria-norma secondaria da ogni riferimento politico-ideologico, per declinare in maniera più realistica e scientifica il fenomeno giuridico²⁴.

In definitiva, la dicotomia kelseniana si basa sull'attribuzione di un valore primario a quelle norme che collegano alla condizione dell'illecito la conseguenza della sanzione, e valore secondario a quelle norme che determinano il comportamento che evita la sanzione²⁵.

Da ultimo, è doveroso fare cenno alla distinzione offerta da un eminente filosofo del diritto e giurista britannico del secolo scorso, Herbert L.A. Hart. La teoria hartiana, proposta nella sua opera seminale, *Il concetto di diritto*, vede l'unione di due tipologie di norme, quelle primarie che impongono obblighi e quelle secondarie, che conferiscono poteri pubblici o privati. Si tratta di quella distinzione che abbiamo proposto all'inizio di questo paragrafo e che, se vogliamo, determina un ritorno al passato ottocentesco, ad una concezione del diritto come uno strumento correttivo e di integrazione della società, anziché strumento meramente punitivo e coercitivo. Tale dicotomia è fondamentale per il filosofo anglosassone, poiché se esistessero soltanto norme che impongono obblighi, tutta una serie di questioni non troverebbero risposta, tra cui: chi debba risolvere i dubbi sulla natura e sull'ambito di validità delle norme, come adattare le norme esistenti ai cambiamenti della società e alle nuove esigenze, o eliminarle quando queste siano obsolete.

²⁴ Non a caso, questa sua concezione di "purificazione" del diritto da ogni sedimento ideologico si ritrova nella sua maggiore opera, *La dottrina pura del diritto*, dove Kelsen richiama una distinzione che quasi si sovrappone a quella in esame, e cioè il binomio norme autonome-norme non autonome, con il quale ha voluto in qualche modo sottolineare come tutte le norme che non impongano atti coercitivi abbiano vigore solo in relazione a norme che statuiscono atti coercitivi, evocando una funzione del diritto quasi esclusivamente orientata alla punizione.

²⁵ CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, cit., 128.

Tali interrogativi sorgono ancora una volta in relazione al momento storico-sociale in cui ci si trovava, dove la crescente complessità dei rapporti sociali si coniuga ad un moltiplicarsi delle prestazioni richieste alle norme giuridiche, chiamate a “controllare, guidare e pianificare la vita fuori dei tribunali”²⁶. A questi interrogativi si può rispondere attraverso un’operazione di integrazione delle norme primarie con quelle definite come secondarie, o di seconda istanza, ovvero con norme che specifichino “i modi in cui si possono in modo decisivo accertare, introdurre, eliminare, variare le norme primarie, e determinare il fatto della loro violazione”²⁷

Seguendo la teoria hartiana, inoltre, possiamo suddividere le norme secondarie in tre tipologie: norme di mutamento, norme di giudizio e norme di riconoscimento.

Le norme di mutamento sono quelle che attribuiscono a determinati individui poteri pubblici o privati, per introdurre nuove norme primarie o per abrogare quelle ritenute superate. Il fine è quello di rimediare alla staticità del diritto che altrimenti si potrebbe concretare, mancando quegli strumenti correttivi e di adeguamento del diritto alla realtà ed alle esigenze scaturenti da una società in continua evoluzione. Le norme di mutamento sono, di fatto, quelle che, nella teoria generale del diritto, rientrano nella specie “norme sulla produzione giuridica”, attraverso le quali l’ordinamento regola i processi di creazione, modificazione ed estinzione delle sue norme.

Le norme di giudizio, invece, hanno lo scopo di rimediare all’inefficienza del sistema giuridico, legittimando determinati individui a risolvere questioni riguardanti la violazione delle norme primarie.

Infine, le norme di riconoscimento vogliono risolvere il problema dell’incertezza del diritto, in quanto permettono l’identificazione delle caratteristiche che una norma deve avere affinché possa dirsi valida, ovvero appartenente all’ordinamento giuridico.

²⁶ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 1991, 33 ss.

²⁷ HART, *ibidem*, 112.

Quest'ultima tipologia di norma è la più ambigua ed è implicita in altre norme del sistema. Ad esempio, la norma che attribuisce al giudice il potere di emanare un provvedimento giurisdizionale qual è la sentenza, non solo presenta il carattere di norma di giudizio attributiva di un potere, ma ha altresì la funzione di norma di riconoscimento poiché mette i consociati nella condizione di identificare che quella sentenza è valida.

Autorevole dottrina ha sollevato su questa tematica una questione di tipo linguistico, che veniva posta in questi termini: le tre tipologie di norme secondarie menzionate da Hart sono “secondarie” allo stesso modo e con lo stesso significato²⁸?

A ben vedere, mentre le norme di giudizio sono assiologicamente seconde solo alle norme di condotta, lo stesso non si può dire per i due altri sottotipi. Le norme di mutamento, in quanto permettono ai consociati di introdurre innovazioni nel sistema giuridico, determineranno un mutamento non solo per le norme di condotta, ma anche per quelle di giudizio, delle quali saranno pertanto in posizione secondaria. Lo stesso dicasi per le norme di riconoscimento, poiché, fornendo i criteri di validità delle norme all'interno dell'intero sistema giuridico, sono secondarie non solo rispetto alle norme di condotta e a quelle di giudizio, ma anche rispetto alle norme di mutamento.

In definitiva, si viene a formare una sorta di concatenazione di norme (primarie e secondarie) che si vanno ad inanellare le une alle altre in maniera consequenziale. Il primo anello di questa catena è rappresentato dalle norme di condotta, cui seguono le norme di giudizio, quelle di mutamento ed infine quelle di riconoscimento.

3. Il diritto consuetudinario visto dall'antropologia giuridica

²⁸ HART, *ibidem*, 240. Sono generalmente considerate norme sulla produzione giuridica le norme che a) regolano le procedure per la formazione delle norme del sistema; b) fissano i limiti di validità delle norme nello spazio e nel tempo; c) stabiliscono un ordine gerarchico tra le varie fonti del diritto in modo da poter identificare la norma valida in caso di contrasto.

Nell'ambito di un discorso sulle norme in generale, vale la pena volgere lo sguardo, seppur in maniera fugace, agli studi sulle norme di tipo consuetudinario. Il tema, peraltro, merita di essere indagato secondo una visione del diritto più ampia rispetto a quella meramente statalista e legalista, che riduce il diritto alla legge ed è avara nel riconoscere al diritto spontaneo lo spazio che gli spetta all'interno del sistema delle fonti.

La prospettiva che si intende adottare è quella dell'antropologia giuridica²⁹, una disciplina che vuole contribuire all'individuazione di una nozione di diritto che non sia limitata nel tempo e nello spazio, bensì diversificata a seconda del modo in cui il diritto stesso si è sviluppato all'interno delle varie comunità umane nel corso dei secoli, rivolgendo particolare attenzione alle società senza scrittura e senza strutture di potere centralizzato.

“L'antropologo studia l'uomo nella sua diversità per conoscerlo nella sua integrità, [...] insegna al giurista a misurarsi con i modelli cui il giurista non ha prestato, finora, attenzione³⁰: solo in questo modo è possibile avere una visione completa e reale del diritto stesso, che fonda le sue radici negli aspetti culturali e simbolici propri di ogni popolazione e che ne costituisce le fondamenta istitutive.

Analizzare le consuetudini dal punto di vista dell'antropologia giuridica è molto interessante, in quanto tale disciplina consente al giurista moderno di misurarsi con dei modelli ai quali esso non aveva prestato attenzione, poiché culturalmente e storicamente incline a vedere il diritto esclusivamente in quello di origine statale, verbalizzato in leggi e regolamenti, prestando poca attenzione a quell'insieme di regole di condotta tenute dalle persone in maniera

²⁹ Per approfondire il tema dell'antropologia giuridica si rinvia diffusamente a R. SACCO, *Antropologia giuridica. Contributo ad una macrostoria del diritto*, Bologna, 2007.

³⁰ La citazione è del prof. Sacco, il quale vuole sottolineare come l'antropologia sia accomunata alla comparazione giuridica, di cui ne costituisce in prolungamento. Entrambe le discipline rientrano nella conoscenza comparante, ma dove la società non ha un legislatore né fa capo ad uno stato, il comparatista si sente a disagio e chiede aiuto all'antropologia del diritto. V. SACCO, *ibidem*, 22-3.

inconsapevole (c.d. norme criptotipiche) ed in generale al diritto non verbalizzato. L'antropologia giuridica, invece, mette al centro del suo interesse tale *nomos*, caratterizzato dalla spontaneità nella sua creazione e dal carattere afono³¹.

L'invenzione dell'attività legislativa, intesa come creazione del diritto da parte di un organo specializzato in questo compito (assemblea legislativa, sovrano, ecc.) è avvenuta in tempi relativamente recenti nella storia dell'uomo. Il diritto statuale e legale è figlio della rivoluzione francese, quando lo stato ha ritenuto di dover accentrare in sé stesso il potere di creare norme giuridiche e divenire l'unica fonte del diritto.

Il diritto, tuttavia, esiste da molto prima del momento in cui l'uomo ebbe la presunzione intellettuale di poterlo creare o modificare, il diritto è qualcosa che non si inventa, semmai si scopre. È qualcosa che non si può modellare a proprio piacimento, poiché esiste indipendentemente dalla volontà umana. Inteso come insieme di regole che indicano alle persone come comportarsi, il diritto è antico quanto la società stessa, non solo quella umana, ma altresì quella animale³².

L'apporto di scienze come l'etologia, infatti, è stato fondamentale per lo studio delle origini antropologiche del diritto. Ci fa capire come l'esistenza di regole comportamentali possa caratterizzare i gruppi di esseri umani indipendentemente dal fatto che queste siano espresse in forma verbale. Tali regole, infatti, sorgono in maniera spontanea all'interno del gruppo e sono seguite dai suoi membri grazie a processi di apprendimento che spesso prescindono dall'insegnamento orale o dalla trasmissione per iscritto: esse vengono apprese imitando le azioni dei propri simili in determinate circostanze, e sono sanzionate senza bisogno che a tali norme sia attribuito uno scopo specifico o che siano state inventate da un'autorità centrale.

³¹ "L'antropologia familiarizza il giurista con l'idea che non sempre ci fu un legislatore, che non sempre ci fu il giurista, che non sempre ci fu un potere politico centralizzato, capace di garantire il rispetto della norma giuridica. L'antropologo insegna dunque al giurista come costruire un sistema ragionevole e veridico delle fonti". V. SACCO, *ibidem*, 25.

³² Cfr. F.A. HAYEK, *Legge, legislazione e libertà. Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, Milano, 1986.

Sulla base di queste premesse, autorevole dottrina ha definito consuetudine ogni regolarità che “denoti una propensione o disposizione ad agire o non agire in un certo modo”³³. Tali regolarità – più semplicemente regole – che governano le azioni degli individui, sono spesso così astratte e generali che diventa improbabile riuscire anche solo a descriverle in maniera efficace attraverso l’uso del linguaggio: ancor più complesso sarebbe pensare di poterle consolidare definitivamente, ponendole per iscritto. Esse perderebbero la loro capacità di regolare migliaia di possibili situazioni di vita che rientrano nel loro ambito applicativo, ed acquisterebbero di rigidità e incompletezza funzionale.

Queste premesse concettuali sono fondamentali per capire il ruolo corretto da attribuire alla consuetudini tra le modalità di produzione delle norme.

Il diritto consuetudinario è il risultato di un processo evolutivo spontaneo, istintivo, privo dell’intervento di un’autorità. La sua legittimazione non sta nella forza, come accade per il diritto di fonte autoritaria, ma trova vigore grazie ad una parità originaria fra liberi, la quale fa sì che la consuetudine possa operare in quanto assorbita da ogni uomo in maniera naturale, così come avviene per il linguaggio o la cultura³⁴.

Nei sistemi giuridici moderni, la consuetudine occupa solitamente una posizione piuttosto defilata tra le fonti di produzione del diritto, trovando una sorta di menzione residuale dopo leggi e regolamenti. Questo perché la consuetudine è considerata una regola la cui lentissima evoluzione la rende uno strumento regolativo fatalmente arretrato per le necessità di dinamicità della società moderna.

Tali convinzioni sono errate per due ordini di motivi: in primo luogo, perché in realtà la consuetudine è capace di nascere, evolversi e mutare più velocemente della legge³⁵, ed in secondo luogo, poiché la consuetudine è molto

³³ V. HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, cit., 98-9.

³⁴ V. SACCO, *Antropologia giuridica*, cit., 140.

³⁵ La formazione delle *bidomvilles* africane ha determinato la nascita pressoché immediata di consuetudini che sono praticate da individui di etnie diverse e provenienti da luoghi differenti, i

più flessibile della legge stessa, in quanto è in grado di tenere in considerazione un numero maggiore di circostanze e variabili, impossibili da fissare nella rigida immutabilità del diritto verbalizzato³⁶.

Il professor Rodolfo Sacco, autorevole comparatista ed antropologo del diritto, preferisce utilizzare, per questa tipologia di diritto non scritto, l'espressione "diritto muto". Con questo termine egli vuole richiamare l'idea di un diritto senza parola, in quanto di origine spontanea e non messo per iscritto, vivente tra coloro che lo condividono e riscontrabile nella natura delle cose.

Ancorché tale diritto, come poc'anzi specificato, trovi poco o punto spazio nelle considerazioni di giudici e giuristi, nella vita quotidiana molto spesso è proprio tale regola spontanea quella vincente, piuttosto che quella scritta in codici e leggi.

Si tratta, in definitiva, di un diritto muto, ma vivo più che mai, che prende forma nei concetti scientifici, nei principi generali e nei valori di tutti i giorni³⁷.

4. Le norme giuridiche

Nell'alveo delle norme sociali di condotta, cioè di quelle proposizioni prescrittive che regolano comportamenti dell'uomo con riferimento alla loro appartenenza ad un gruppo sociale, si inserisce a pieno titolo la categoria delle norme sociali di tipo giuridico. In questo paragrafo si cercherà di determinare quali sono i caratteri peculiari di questa tipologia di norme nonché la loro struttura, rinviando al secondo capitolo una più approfondita disamina del rapporto specifico che sussiste tra le norme sociali di tipo giuridico e le altre norme sociali.

quali hanno abbandonato costumi proprie delle loro precedenti condizioni di vita. Cfr. SACCO, *ibidem*, cit., 177.

³⁶ V. SACCO, *ibidem*, cit., 78.

³⁷ V. SACCO, *ibidem*, cit., 205.

4.1. L'uomo animale sociale

Abbiamo visto come le norme intese in senso proprio, cioè come regole di condotta, svolgano una funzione fondamentale di guida del comportamento umano, stabilendo ciò che è lecito e ciò che è vietato. Date tali premesse, non resta che chiedersi per quale motivo esistano tali norme. Non sarebbe forse più semplice lasciare ognuno libero di fare ciò che desidera, ispirato e guidato esclusivamente dai propri istinti e dalle proprie inclinazioni? Probabilmente no.

Per usare un'espressione aristotelica, difatti, "l'uomo è un animale sociale", tende per natura ad aggregarsi con altri individui, ed il fine specifico di tali norme è correlato proprio a questo bisogno di porsi in relazione con gli altri, anche in vista di un migliore soddisfacimento dei bisogni individuali. Per di più, ogni gruppo sociale si regge su regole che definiscono la fisionomia del gruppo stesso, conciliando gli interessi di ciascuno con quelli del proprio simile allo scopo di garantire una convivenza civile. Da qui il celebre brocardo latino "*ubi societas, ibi ius*": dove vi è una società, lì vi è diritto.

In linea di massima, dunque, non può esistere alcun gruppo sociale che non avverta l'esigenza di disciplinarsi, che non stabilisca delle regole per poter vivere la vita di tutti giorni. Ogni società, difatti, per garantire un'accettabile convivenza, deve porsi un certo numero di regole, ma vero questo, siamo ben lungi dall'affermare che tali norme sociali siano tutte connotate dal carattere della "giuridicità".

Molteplici e varie sono, invero, le regole che presiedono la vita della comunità, incluse le norme di tipo etico o morale (ad esempio il precetto di mantenere le promesse, o dire sempre la verità), le norme di cortesia (ad esempio le regole del cosiddetto "galateo" a tavola, oppure quelle per cui è buona educazione rispondere al saluto o cedere il posto alle persone anziane), le norme che propriamente definiremmo come giuridiche (ad esempio è vietato

passare con il rosso, chiunque cagioni la morte di un uomo è punito, è vietato parcheggiare sui posti riservati ai disabili, ecc.).

4.2. La giuridicità

La giuridicità è uno dei principali elementi distintivi delle norme giuridiche. Qualcuno, forse semplicisticamente, potrebbe limitarsi ad affermare che la giuridicità di una norma discenda dalla sua appartenenza all'ordinamento che contribuisce a costituire. Saremmo, tuttavia, di fronte ad una definizione tautologica che nulla apporta in termini di conoscenza ulteriore. È bene, pertanto, ricercare la giuridicità di una norma nelle sue qualità intrinseche, cioè quei connotati essenziali che consentono di definirla come tale.

Di conseguenza, definiamo norma giuridica quella regola di condotta che: a) identifica ed enuncia gli interessi del gruppo sociale all'interno del quale è prodotta; b) prescrive le modalità e i limiti con i quali i soggetti del gruppo possono o devono perseguire tali interessi; c) prevede le sanzioni per coloro che non rispettino le prescrizioni, allo scopo di ripristinare l'ordinamento giuridico violato e per garantire la pacifica convivenza tra i consociati e a certezza del diritto; d) determina gli organi e le procedure per infliggere tali sanzioni³⁸. L'insieme di tali norme giuridiche costituisce l'ordinamento giuridico ovvero il cosiddetto diritto oggettivo.

Specifiche autorità, preposte dal gruppo sociale, sono deputate alla creazione di nuove norme o alla modificazione o eliminazione delle norme esistenti. Esse dovranno operare conformandosi, a loro volta, alle prescrizioni stabilite da una speciale categoria di norme giuridiche, le cosiddette norme sulla produzione giuridica, di cui si è fatto cenno in precedenza quando si è parlato del binomio norme primarie-norme secondarie. Il risultato di questa attività di produzione normativa è, infine, trasfuso in appositi atti giuridici (le cosiddette fonti del diritto scritto: leggi, regolamenti, ecc.), che sono formulati per iscritto

³⁸ G. FALCON, *Lineamenti di diritto pubblico*, IX ed., Padova, 2006, 5.

allo scopo specifico di conferirvi un elevato grado di certezza e durevolezza nel tempo³⁹.

4.3. La socialità del diritto: pluralità di ordinamenti giuridici

L'insieme delle norme di un gruppo sociale organizzato va a formare un ordinamento. Una volta appurato che il fenomeno giuridico sia indissolubilmente legato a quello consociativo, possiamo affermare che non esiste uno solo, ma diversi ordinamenti giuridici, in corrispondenza della pluralità e della diversità dei vari gruppi sociali: è la cosiddetta teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici. In tale teoria si ascrive la concezione sociale del diritto (e della norma giuridica), la quale considera ordinamento giuridico (e diritto) quello proprio di qualunque comunità organica, senza tenere conto di altri requisiti, ricomprendendo in questa categoria non solo gli ordinamenti statali, ma anche quelli di ogni comunità internazionale, religiosa, dei partiti, sindacati, associazioni e famiglie, ecc. La concezione sociale, dal canto suo, ha il pregio di evidenziare gli elementi comuni della normatività sociale, e tale carattere delle norme risalta dallo studio di quegli elementi differenziali della norma giuridica rispetto alle altre norme di condotta.

A questa tesi si contrappone quella della concezione statale del diritto, per la quale è diritto soltanto quello che viene posto dallo Stato (*jus in civitate positum*), cioè da quel gruppo sociale organizzato ed indipendente costituito da un popolo sovrano entro un determinato territorio⁴⁰.

La concezione statale, d'altra parte, ha il merito di ricondurre la varietà di ordinamenti giuridici ad unità ed armonia, al fine di assicurare un ordinato svolgimento della vita sociale (o quanto meno è questo il tentativo), e di fatto si

³⁹ Si potrebbe, allora, affermare che “non è tutto oro quel che luccica”. La produzione scritta, infatti, presta il fianco alla variabilità dell'interpretazione, indispensabile per una concreta applicazione della norma.

⁴⁰ F. MODUGNO, voce *Norma giuridica*, in AA.VV., *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVIII, Milano, 1980, 342.

risolve nell'attribuzione di una maggiore efficacia alle norme statuali, o nella loro più intensa coattività.

5. I caratteri differenziali della norma giuridica

Molto inchiostro è stato versato su questo tema e sterminata è la letteratura sulla teoria generale delle norme giuridiche, la quale ha cercato di individuare e razionalizzare i molteplici elementi che consentono di differenziare questa tipologia di norma dalle altre norme di condotta, o più in generale dalle altre regole sociali.

In questa sede mi limiterò a riportare i caratteri differenziali maggiormente significativi, rinviando ai testi citati in questo capitolo chi volesse approfondire l'argomento.

Gli elementi discretivi che verranno presi in considerazione sono i seguenti: l'esteriorità ed eteronomia delle norme giuridiche, la coercibilità (coazione e carattere sanzionatorio), la generalità e l'astrattezza.

5.1. L'esteriorità e l'eteronomia

Questi caratteri rappresentano i principali elementi di differenziazione delle norme giuridiche rispetto alle norme morali.

Come afferma Ferrari, richiamando *La metafisica dei costumi* kantiana: “la norma morale promana dalla coscienza di ognuno e possiede un motivo assoluto e categorico (il dovere per il dovere), mentre la norma giuridica promana dall'esterno e possiede un motivo empirico nonché ipotetico e strumentale”⁴¹.

Un concetto di esteriorità, quindi, per il quale le norme giuridiche regolano soltanto le attività umane che si manifestano nel mondo esterno,

⁴¹ FERRARI, voce *Norme e sanzioni sociali*, cit., 4.

laddove l'eteronomia consta nella determinazione dell'azione ad opera di una fonte esterna e non interna al soggetto stesso (ovvero la propria coscienza)⁴².

Le norme giuridiche, inoltre, prescindono dai motivi interiori che spingono il destinatario all'obbedienza della norma (dalle intenzioni, dai motivi interiori non esternati) ed interviene nel momento di estrinsecazione del comportamento oggetto della norma giuridica. Al contrario, la norma morale punisce le intenzioni, e trova fondamento proprio nell'interiorità del soggetto, avendo un fine più ampio che trascende quello meramente organizzativo, tipico delle norme giuridiche.

5.2. La coercibilità

La coercibilità rappresenta un carattere che viene tradizionalmente invocato per indicare quale sia il *quid proprium* delle norme giuridiche rispetto alle altre norme di condotta.

La norma giuridica è coercibile nel senso che l'ordinamento predispone dei meccanismi di "attuazione forzata". Ciò significa che il rispetto della norma è imposto tramite l'uso della forza il cui monopolio è esercitato dallo Stato. Questo carattere peculiare rende la regola giuridica coattiva: il destinatario della stessa non può decidere se e quando ottemperare al precetto normativo, ed in caso di trasgressione sono previste delle conseguenze sfavorevoli – le sanzioni negative – come reazione all'illecito commesso, allo scopo di riaffermare il contenuto della norma violata⁴³.

Coattività e sanzione vanno dunque di pari passo, ma si contesta che tali elementi non caratterizzino tutte le norme giuridiche. Invero ve ne sarebbero talune che non prevedono alcuna sanzione nel caso di inosservanza. Esiste una varietà di norme, difatti, che non contemplano precetti, bensì attribuiscono poteri, o rendono lecite determinate attività, ovvero hanno

⁴² V. MAZZIOTTI DI CELSO, voce *Norma giuridica*, cit., 2.

⁴³ Per maggiori approfondimenti, si rinvia al paragrafo relativo alle sanzioni.

carattere meramente definitorio⁴⁴. Sarebbe inesatto affermare che tali norme possano essere impunemente trasgredite, giacché è pur vero che non sono espressamente assistite da una sanzione, ma sono comunque inserite all'interno di un sistema normativo ed esprimono un interesse meritevole di tutela, dovendo essere osservate anche da coloro che, seppure indirettamente, ne sono destinatari⁴⁵.

5.3. Generalità ed astrattezza

La prima delle due caratteristiche in esame è quella della generalità che riguarda l'elemento soggettivo della prescrizione cioè i destinatari della norma giuridica, i quali sono rappresentati dalla generalità delle persone. Più precisamente, possiamo affermare che le norme giuridiche sono connotate dalla generalità poiché si rivolgono ad una pluralità indeterminata di individui, oppure a classi o categorie di soggetti, e non già a singoli soggetti determinati.

Detto questo, ad un giurista attento di certo non può sfuggire la constatazione che, negli ordinamenti giuridici moderni, siano sempre più numerose le disposizioni normative rivolte a una cerchia ristretta fino a sconfinare, in alcune ipotesi, nell'esclusività della fattispecie. Si pensi alle

⁴⁴ Cfr. *supra* il paragrafo sulle norme costitutive.

⁴⁵ A questo proposito, può essere chiarificatore l'esempio delle cosiddette norme attributive. Si tratta di quelle prescrizioni che non consistono in comandi o divieti, ma nell'attribuzione ad un soggetto di una facoltà di fare o non fare qualcosa che, in assenza della norma, non sarebbe consentito. Si pensi al caso dei posti macchina riservati ai disabili, piuttosto che ai sedili dell'autobus riservati alle donne in dolce attesa. Sembrerebbe palese la distinzione tra questa tipologia di norme e quelle tipicamente imperative. Nessuno, difatti, oserebbe mai pensare che se il diversamente abile parcheggi la propria auto su un posto a lui riservato allora stia rispettando la norma: al più possiamo affermare che ne stia usufruendo. Questo, tuttavia, non è sufficiente per escludere questa tipologia di norme dall'alveo della coercibilità, e le ragioni sono le seguenti: a ben vedere, la norma che autorizza i disabili a parcheggiare sui posti delineati di giallo e impressi del tipico logo identificativo avrebbero potuto essere formulate in questo modo: "è fatto divieto di parcheggio su questo posto macchina a coloro che non sono affetti da una disabilità fisica". L'esistenza di norme attributive non fa altro che confermare la funzione prescrittiva delle norme e la caratteristica della coercibilità, in quanto l'attribuzione di una facoltà ha effetto soltanto se esiste il correlativo obbligo per tutti gli altri di astenersi da esercitare tale facoltà. La norma che autorizza le donne in gravidanza a prendere posto sui posti riservati dell'autobus, dunque, non avrebbe alcun significato se non implicasse l'obbligo per tutti gli altri di non sedersi su quei posti.

disposizioni costituzionali che attribuiscono al Presidente della Repubblica il potere di sciogliere le camere: questo tipo di norma giuridica si riferisce ad un solo tipo di soggetto e di atto, ma ad essa può riconoscersi il carattere della generalità a patto che il soggetto e l'atto non vengano individuati in concreto: intendendo con ciò la generalità in senso temporale e non già in senso spaziale, cioè come possibilità di ripetute applicazioni della norma nel tempo⁴⁶.

Tale concetto di ripetibilità, come indefinita applicazione di una fattispecie normativa nel tempo, ci conduce a parlare della seconda caratteristica in esame –l'astrattezza – intesa per lo più come “impersonalità” delle norme giuridiche. L'astrattezza inerisce l'elemento oggettivo della prescrizione, cioè la fattispecie, che deve essere appunto “astratta”, ovvero deve fare riferimento ad un'azione-tipo contemplata dallo schema normativo applicabile ad una pluralità indeterminata di casi, e non deve consistere in un comportamento concretamente determinato.

Si comprende ora come i concetti di generalità ed astrattezza siano strettamente collegati alla ripetibilità nel tempo, di cui si è parlato poc'anzi. La norma giuridica individua i destinatari della stessa e la fattispecie cui fa riferimento, è ripetibile ed impersonale proprio perché ogni qualvolta quei soggetti si troveranno nella situazione-tipo prefigurata dallo schema normativo dovranno ottemperare alla prescrizione.

Tradizionalmente, i giuristi hanno considerato i caratteri della generalità ed astrattezza come connotati differenziali delle norme giuridiche, ma a ben vedere tali caratteri in realtà non sono vere note differenziali, bensì requisiti che distinguono le norme in generale e non solo quelle giuridiche, ovvero qualità che si devono rinvenire in ogni norma (ad esclusione delle norme morali) allo scopo di raggiungere più efficacemente i fini a cui un ordinamento giuridico tende⁴⁷.

⁴⁶ MODUGNO, voce *Norma giuridica*, cit., 344.

⁴⁷ BOBBIO, *Delle norme in generale*, cit., 222.

6. La sanzione giuridica

6.1. Precetto e sanzione

Si è visto come il significato più semplice di norma giuridica sia quello di una regola di condotta che, semplificata ai minimi termini, presenta una struttura composta da precetto e sanzione.

Il precetto è quell'elemento della norma che pone comandi o prescrizioni, attribuendo alla stessa un carattere imperativo. Si pensi alla semplice formula di una norma quale “A deve B”, dove A è il destinatario della prescrizione (il soggetto), mentre B è il comportamento prescrittivo (l'oggetto). Questi comandi possono avere un contenuto positivo (fare qualcosa, comportarsi in un certo modo) oppure negativo (non fare, astenersi da un certo comportamento)⁴⁸.

Il precetto rappresenta l'elemento della norma maggiormente significativo, in quanto sulla base di esso vengono valutati i comportamenti dei soggetti sotto il profilo della liceità o illiceità, a seconda cioè della loro conformità o difformità rispetto alla prescrizione giuridica⁴⁹.

L'elemento strutturale delle norme giuridiche che si affianca a quello precettivo è rappresentato dalla sanzione. Secondo l'uso più frequente, “sanzionare” equivale essenzialmente a “punire”; le sanzioni sono intese come pene da infliggere a chi non si è conformato ad una regola, sono quelle misure predisposte dall'ordinamento giuridico come reazione all'inosservanza del precetto normativo, allo scopo di massimizzare il rispetto delle proprie norme e prevenirne la violazione.

Ogni discorso sulla sanzione può essere introdotto dalla considerazione per cui in ogni ordinamento giuridico sussiste la concreta possibilità di violazione delle norme che lo compongono: le norme giuridiche hanno sempre

⁴⁸ Cfr. *supra*, il paragrafo sulle norme imperative.

⁴⁹ Si è visto come esista una varietà di norme a carattere dichiarativo (norme permissive, di competenza, ecc.) che non hanno tuttavia alcun carattere prescrittivo.

ad oggetto delle azioni possibili, cioè delle azioni che possono o non possono essere compiute, pertanto bisogna mettere in conto che vi sia una discrepanza tra la fattispecie oggetto di prescrizione e quella effettivamente tenuta. A questa considerazione ne segue a ruota un'altra: a meno di non essere composto da automi o da individui perfettamente razionali, qualsiasi ordinamento giuridico è caratterizzato di fatto, in misura minore o maggiore, da un'inevitabile e continua violazione delle norme che lo costituiscono⁵⁰.

Detto questo, si comprende come di fronte a tali constatazioni l'ordinamento giuridico debba necessariamente prendere misure per garantire la propria conservazione, per scongiurare il rischio di scomparire a cagione della generalizzata inosservanza, sancendo la propria auto-dissoluzione. La doverosità dell'elemento sanzionatorio si ricollega, peraltro, allo scopo di ogni sistema giuridico, che è quello di garantire un equilibrio della coesistenza, nel senso che ogni inosservanza delle norme che compongono l'ordinamento costituisce di fatto un vero e proprio "attacco" al sistema stesso, che in qualche modo perde l'armonia e che richiede un intervento per ricostruire l'ordine violato colpendo il responsabile.

Tali meccanismi di garanzia dell'effettività del diritto sono rappresentati dalle cosiddette sanzioni giuridiche o sanzioni formali, volte a rispondere con fermezza ai comportamenti difformi da parte dei destinatari delle norme giuridiche.

L'elemento che più degli altri discrimina questo tipo di sanzioni da quelle che pur sono irrogate in altri sistemi normativi (sociale, morale, ecc.) è la loro *istituzionalizzazione*, cioè la loro appartenenza formale ad un ordinamento giuridico e la loro strutturazione interna; nonché il fatto che il loro adempimento è garantito dall'uso della forza, nell'ipotesi in cui la minaccia di tale utilizzo fallisca allo scopo. Il carattere della formalità è dovuto dal fatto che le conseguenze negative in caso di trasgressione devono essere definite con precisione nell'*an*, nel *quantum* e nel *quomodo*, nonché dev'essere previsto

⁵⁰ BOBBIO, *Delle norme in generale*, cit., 308.

l'organo preposto all'erogazione della sanzione, che sarà normalmente un'autorità centrale.

Le sanzioni informali o sanzioni sociali, al contrario, non sono irrogate con modalità precisamente definite e da parte di un'autorità centrale, anche se sono state in dottrina identificate una serie di sanzioni negative che, in ordine di gravità, vengono inflitte dal corpo sociale al trasgressore della norma sociale che di volta in volta viene violata (es. disapprovazione sociale, *gossip*, vendetta, esclusione dal gruppo, ecc.).

6.2. Sanzioni negative e positive

Le misure che l'ordinamento giuridico predispone per ridurre al minimo l'inosservanza dei suoi precetti possono essere suddivise in: a) misure negative e misure positive; b) misure di tipo preventivo e di tipo retributivo o riparativo.

La nozione di sanzione viene tradizionalmente declinata in senso negativo, cioè in un'ottica di punizione da infliggere al trasgressore. Ciò non toglie che accanto alle pene esistano anche i premi. Negli ordinamenti contemporanei sono vieppiù presenti sanzioni "positive" che mirano ad incoraggiare o a promuovere un determinato schema comportamentale. Tali misure hanno preso piede soprattutto in senso promozionale (si pensi ad esempio agli incentivi) e rispondono all'affermarsi di uno Stato del benessere (*Welfare State*), dove la funzione di controllo sociale è gestita attraverso la politica del *carrot and stick*, ovvero attraverso un'attenta combinazione di premi e pene.

In questa sede l'attenzione sarà tuttavia concentrata nei confronti delle sole sanzioni negative. L'atto meritorio, infatti, rende la coesistenza sociale più facile, ma non inficia la sua stabilità, laddove l'illecito rende non praticabile tale coesistenza. In altri termini, ai fini della conservazione dell'ordinamento

giuridico la sanzione positiva non è in linea di principio dovuta, quella negativa sì.

6.3. Misure preventive e misure retributive/riparative

La distinzione tra misure preventive e misure retributive o riparative si basa sul momento cronologico in cui interviene la misura sanzionatoria. In particolare, le misure di tipo preventivo sono caratterizzate dal fatto di avere ad oggetto comportamenti futuri ed ipotetici, allo scopo di scoraggiarli o (nel caso di sanzioni positive) di incoraggiarli. La violazione non è (ancora) stata posta in essere, e l'ordinamento fa di tutto per evitare che ciò accada. Si parla in questo senso di mezzi di controllo sociale o di vigilanza.

Le misure retributive e riparative, invece, poste in essere quando la violazione è già avvenuta, cercano di castigare il responsabile oppure di porre rimedio agli effetti del comportamento trasgressivo. Questa categoria ricomprende tutte quelle misure di conservazione del sistema che propriamente svolgono una funzione di *risposta* o di *reazione* alla violazione, sopraggiungendo quando la norma giuridica è stata ormai violata.

Va peraltro detto che tali misure, oltre alla funzione prettamente contenitiva che le caratterizza in prim'ordine, possono presentare una funzione secondaria di tipo preventivo. Ogni tipo di sanzione, infatti, proprio in quanto viene stabilita anticipatamente rispetto ai comportamenti sanzionabili, assolve sempre una funzione minima di prevenzione (si pensi al delitto di omicidio, di cui all'art. 575 c.p., che recita: "*Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno*"). Tale norma evidentemente svolge primariamente una funzione punitiva, ma allo stesso tempo la minaccia di un male futuro ivi contenuta svolge un compito di rafforzamento dell'osservanza stessa agendo come deterrente psicologico verso la generalità dei consociati.

6.4. *Punizione o riparazione?*

Nell'ambito delle misure sanzionatorie successive le due tipologie principali sono le sanzioni retributive e le sanzioni riparative. Esse sono accomunate dall'essere meccanismi di reazione che intervengono *post factum*, ma a parte questo la specifica funzione che svolgono è differente.

Attraverso le sanzioni retributive (o punizioni), l'ordinamento pone a carico del trasgressore una conseguenza giuridica negativa come indennizzo dell'inosservanza, come a dire che “un male sofferto è una giusta risposta ad un male inferto”⁵¹. Questa tipologia di sanzioni viene classificata variamente anche sulla base della natura della norma di riferimento. Così esistono sanzioni patrimoniali, che vanno a colpire i beni appartenenti all'autore della violazione della norma, sanzioni personali, che trovano applicazione nei confronti dell'autore dell'infrazione (un esempio su tutti la pena della reclusione in carcere), e così via.

Le misure riparative, mirano a conseguire la massima utilità per il sistema, rappresentata dall'eliminazione delle conseguenze della violazione, con il ripristino della situazione che si sarebbe ottenuta in caso di adempimento spontaneo del precetto. È evidente il motivo per cui questo tipo di misure sanzionatorie sono preferibili alle punitive, in quanto raggiungono l'effettivo fine di rimediare ad una situazione di disarmonia generata dall'illecito, rimuovendone le conseguenze. Se il male cagionato in senso lato alla società è riparabile, appare preferibile seguire questa strada piuttosto che irrogare una punizione pura e semplice che è fine a sé stessa. Potremmo, dunque, affermare che mentre le sanzioni punitive vanno a colpire la *condotta* illecita in sé, quelle riparative vanno a colpire il *risultato* della condotta illecita, allo scopo di eliminare gli effetti negativi di tale condotta.

Gli esempi di sanzioni riparative sono molteplici: basti pensare al risarcimento danni di matrice contrattuale o aquiliana (risarcimento per

⁵¹ BOBBIO, *Delle norme in generale*, cit., 319.

equivalente), piuttosto che alle ipotesi di reintegrazione in forma specifica, o ancora ai casi di confisca di un bene, di sequestro ecc.

CAPITOLO II

LE NORME SOCIALI

1. Le norme sociali come aspettative comportamentali

*Norms are the language a society speaks,
the embodiment of its values and collective desires,
the secure guide in the uncertain lands we all traverse,
the common practices that hold human groups together.*

C. BICCHIERI, *The Grammar of Society*, 2006

Le leggi, i regolamenti e le sentenze non esauriscono il fenomeno normativo all'interno della società. Ogni gruppo sociale, dal gruppo di amici ai dipartimenti universitari, dalle città alle intere società, ha proprie regole che nascono, si modificano e vengono fatte rispettare in maniera spontanea, informale, senza l'intervento di un'autorità centrale, pubblica o privata: stiamo parlando delle norme sociali⁵².

Questo tipo di regole costituiscono la "grammatica della società"⁵³, in quanto stanno alla base dell'interazione tra individui di un gruppo sociale, definendo il comportamento atteso o accettabile in presenza di determinate circostanze.

Nella vita quotidiana abbiamo continuamente l'occasione di interagire con altre persone: si pensi alle svariate occasioni di relazione sociale che determinano delle forme di dipendenza tra uomini⁵⁴ e che sono insite nella sua

⁵² Il presente capitolo si pone l'obiettivo di analizzare le norme sociali in generale, cercando di capire cosa sono, come nascono, persistono e cessano di esistere, nonché quale siano le loro funzioni.

⁵³ V. C. BICCHIERI, *The Grammar of Society. The Nature and Dynamics of Social Norms*, Cambridge, 2006, ix.

⁵⁴ Cfr. B. BERTELLI, *Devianza e vittimizzazione. Teorie eziologiche e del controllo sociale*, II ed., Trento, 2002, 13.

natura “sociale”: abbiamo a che fare con i colleghi sul posto di lavoro, con il cameriere al bar, con il gruppo di amici la sera, con il professore universitario durante una lezione, e così via.

Se osservassimo tali situazioni di vita, ci renderemmo conto ben presto che il comportamento di questi “attori sociali” è largamente prevedibile, anche se tali individui sono spesso del tutto diversi tra loro e il ventaglio delle condotte possibili è amplissimo. A ben vedere, le azioni ed interazioni degli esseri umani all’interno di un gruppo sociale non si svolgono in maniera casuale, bensì sono influenzate dalle aspettative comportamentali dei soggetti che entrano in relazione tra loro. Tali aspettative consistono in quelle previsioni che ogni individuo ragionevolmente compie circa la condotta che un altro individuo terrà in una data situazione ed a quello che, a sua volta, gli altri individui si aspetteranno da esso (c.d. riflessività delle aspettative comportamentali): questo reticolo di aspettative costituisce la base di quella prevedibilità di cui si parlava poc’anzi e determina l’esistenza di una certa regolarità nei comportamenti⁵⁵.

Tornando agli esempi citati poc’anzi: se entro in un bar e mi siedo al tavolo, mi “aspetto” che il cameriere venga di lì a poco per chiedermi cosa voglio ordinare e me lo porti in un periodo di tempo breve, tenuto conto dell’afflusso di persone e dell’orario. A sua volta il cameriere si “aspetta” che io gli risponda su cosa voglio bere o mangiare, e che dopo avere consumato vada al bancone per pagare il conto. Dunque, una combinazione di aspettative, quali precisi indicatori del fatto che il comportamento dei due agenti (cliente-barista) è indirizzato da regole caratteristiche, da vere e proprie *norme* che, come avviene per il linguaggio con la grammatica, determinano cosa bisogna fare, orientando la condotta e le scelte, definendo quale sia il comportamento atteso o accettabile in presenza di determinate circostanze.

In ogni gruppo sociale è possibile osservare regolarità comportamentali legate ad un sistema di aspettative.

⁵⁵ Cfr. POCAR, *Il diritto e le regole sociali*, cit., 9.

In prima approssimazione, possiamo definire norme sociali quelle aspettative comportamentali normative che sono condivise da più persone nell'ambito di un gruppo sociale determinato e sostenute in parte dalla loro approvazione o disapprovazione⁵⁶.

Una nozione di norma o regola sociale (i due termini sono usati come sinonimi) che fa leva sul carattere convenzionale di tali regole e sulla loro accettazione da parte del gruppo di riferimento. A ben vedere, l'esistenza di tale sistema di aspettative comportamentali condivise non fa altro che rispondere ad un'esigenza elementare di facilitare i rapporti sociali: infatti, se nelle innumerevoli situazioni di vita quotidiana ognuno dovesse, caso per caso, ponderare e valutare quale sia concretamente la condotta da tenere sulla base di considerazioni variabili, probabilmente il convivere sociale sarebbe del tutto impossibile. Pertanto la scelta da compiere, caso per caso, sarà quella maggiormente condivisa dal gruppo sociale, quella che risponde meglio agli interessi del gruppo stesso o che viene maggiormente adottata, quell'alternativa, in altri termini, che si è imposta su tutte diventando, appunto, la "norma". In questo modo viene scelta la norma sociale come regola di riferimento per il caso concreto, svolgendo una funzione di "riduzione della complessità" e permettendo all'agente sociale una più agevole decisione tra le varie alternative, spesso compiendo scelte senza neppure rendersi conto di operarle (si pensi alla distanza minima da tenere nelle conversazioni informali o alle norme di cortesia per cui viene automatico, dopo essere passati da una porta, tenerla aperta per pochi secondi a favore di chi ci segue). Gran parte delle norme sociali, in effetti, operano in maniera meccanica, quasi a livello d'inconscio e senza che il soggetto che sta tenendo una certa condotta sia consapevole di stare osservando una regola sociale.

Si riporta, al proposito, un esempio citato dal filosofo norvegese Jon Elster:

⁵⁶ J. ELSTER, *Il cemento della società: uno studio sull'ordine sociale*, Bologna, 1995, 150.

“si considerino le norme (presenti solo in particolari culture) che stabiliscono la distanza minima da tenere nelle conversazioni informali. Se mi avvicinano al mio interlocutore, diciamo, a meno di trenta centimetri, lo vedrò allontanarsi e osservarmi perplesso. Probabilmente si sta chiedendo se sono ubriaco, aggressivo, un corteggiatore inappropriato o semplicemente una persona maleducata. Quanto a me, proverò un acuto senso di imbarazzo, arrossirò e mi sottrarrò alla sua compagnia quanto prima possibile. Molte persone hanno talmente interiorizzato tale norma che non la violano in nessuna occasione, giungendo talvolta a muoversi in cerchi pur di rispettare la distanza prescritta. E tuttavia, mai hanno pensato si trattasse di una norma di comportamento”⁵⁷.

In definitiva, le norme sociali fungono da guida dell’azione dell’*“homo sociologicus”*⁵⁸ e rappresentano una vera e propria convenzione che si instaura tra i membri di un determinato gruppo sociale, essendo al tempo stesso un prodotto dell’organizzazione del gruppo e un fattore della sua organizzazione, in quanto stabilizzano e orientano i comportamenti dei suoi membri.

Le collettività di persone a cui facciamo riferimento sono le più varie, in quanto si va dai gruppi sociali più semplici fino alle società più complesse, variando di dimensioni e peculiarità: possiamo avere norme sociali che determinano il comportamento da tenere all’interno del nucleo familiare, nel gruppo di amici, nel *club* di appassionati di computer, con i *fan* di un certo gruppo musicale, e così via fino ad arrivare alle norme che regolano il comportamento per l’intera società. Tale argomentazione si pone alla base della distinzione proposta dalla dottrina statunitense tra le c.d. *group norms* e le c.d. *societal norms*. Le prime sono proprie di quei gruppi sociali ristretti, dove i membri sono accomunati da molte caratteristiche, come ad esempio i valori e

⁵⁷ ELSTER, Il cemento della società, ibidem, 153.

⁵⁸ La sociologia contemporanea si occupa essenzialmente dello studio dell’azione sociale e dell’interazione degli individui nella società. Gli studiosi hanno elaborato un modello di *homo sociologicus*, cioè di soggetto la cui azione e i cui valori sono parzialmente o completamente determinati dal contesto sociale di appartenenza. Tale concetto si pone quasi come critica a quello dell’*homo oeconomicus*, teorizzato dall’economia classica, che vede l’individuo caratterizzato principalmente dalle doti di razionalità e il cui agire è condizionato esclusivamente da un ritorno d’utilità personale, senza che il contesto sociale d’appartenenza sia in grado di influenzarne le decisioni. L’azione razionale è ciò che guida l’*homo oeconomicus*: “se vuoi raggiungere Y, fai X”. L’attore sociale, al contrario, vede la propria azione orientata dalle norme sociali: “fai X”, oppure “non fare X”, o ancora “se gli altri fanno X, allora fai Y”, e così via.

gli interessi, le preferenze, gli obiettivi, le mete ambite, ecc.: si pensi al caso dei *fan club* piuttosto che delle comunità scientifiche. Le *societal norms*, invece, sono quelle che orientano la condotta di una cerchia di persone ben più ampia, in quanto si parla dell'intera società, e pertanto si tratterà di regole che fa presa su un numero ben maggiore di persone con interessi e valori spesso molto diversificati tra di loro.

Tornando al concetto di influenza delle norme sociali sull'azione e sull'interazione sociale nonché alla natura convenzionale delle norme stesse, va precisato, in primo luogo, come la conseguenza principale è quella per cui le norme che sono condivise da un determinato gruppo sociale non saranno necessariamente quelle condivise da i membri di un altro gruppo sociale, rappresentando anzi, in alcuni casi, dei chiari ed intenzionali elementi di distinzione.

In secondo luogo, va precisato che i membri del gruppo sociale di riferimento possono materialmente operare scelte difformi da quelle previste dalle norme stesse, e questo determinerà inevitabilmente una reazione da parte del gruppo stesso, nelle forme di una sanzione sociale negativa, cioè di una punizione inflitta a chi disattende le aspettative collegate alle norme sociali⁵⁹. Tale possibilità di disattendere la norma di riferimento del gruppo sociale non fa altro che confermare il carattere convenzionale delle aspettative comportamentali di cui stiamo parlando. Inoltre, queste aspettative sono di tipo normativo⁶⁰, poiché le previsioni riferite ai comportamenti sociali vengono mantenute ferme da chi le nutre nonostante la delusione, cioè il non avverarsi della previsione. La delusione, difatti, è insita proprio nella convenzionalità che consente che si verifichino comportamenti che si discostano dalle norme sociali.

⁵⁹ Il comportamento che viola le aspettative connesse ad una determinata norma sociale e che si espone ad una sanzione sociale negativa prende il nome di devianza. Nella nostra cultura è deviante “chi inganna gli altri, chi non si ferma ad uno stop, chi consuma droga, chi dorme sotto i ponti, chi evade le tasse, chi ruba, chi uccide, chi non rispetta le regole di condominio”, ecc. Si veda BERTELLI B., *Devianza e vittimizzazione*, cit., 19 e *passim* per quanto riguarda le varie teorie sociologiche che analizzano i fenomeni devianti indagando sulle cause del comportamento deviante.

⁶⁰ FERRARI, voce *Norme e sanzioni sociali*, cit., 7.

2. Comportamento regolare e comportamento regolato

Abbiamo visto come all'interno di un gruppo sociale i comportamenti siano in larga misura prevedibili, ed infatti molto spesso l'esistenza di una norma sociale determina l'osservabilità di un comportamento tenuto con maggiore frequenza da parte degli individui in uno specifico contesto⁶¹. Si tratta della c.d. normalità statistica, cioè quel comportamento che viene tenuto da una maggioranza statisticamente individuabile di persone. Il punto di passaggio è spesso impercettibile: se ci basassimo esclusivamente sul comportamento delle persone per individuare quali sono le norme socialmente condivise, probabilmente ci scontreremmo con difficoltà insormontabili. Da un punto di vista "esterno" rispetto alla società, come capire quanto una certa regolarità comportamentale è frutto di una convinzione di tipo normativo e quando, invece, è semplicemente un'abitudine? Detto in altri termini, di fronte ad un comportamento "regolare", come si rileva l'esistenza di un comportamento "regolato", cioè di una norma sociale?

"Sorvolando una città in stato di guerra, mi avvedo che a un certo momento la gente per la strada accelera il passo e si affretta in modo compatto verso un rifugio. Osservando questa serie di comportamenti uniformi dall'esterno non sono in grado di stabilire se si tratti di comportamenti regolati, cioè uniformi soltanto perché ubbidienti ad una regola. [...] La gente ha accelerato il passo e si è avviata verso il rifugio perché ha sentito un'esplosione, oppure perché ha obbedito al richiamo di una sirena d'allarme?"

Questo passaggio tratto dai *Contributi ad un dizionario giuridico* di Norberto Bobbio ci fa capire come un osservatore esterno non possa di fatto

⁶¹ Non sempre è vero anche il contrario: una ripetizione uniforme di certe condotte può, invece, essere esclusivamente (o in parte) conseguenza di semplici abitudini, piuttosto che di norme tecniche. Norma tecnica è quella che indica quale sia il comportamento adeguato per raggiungere un determinato scopo, del tipo: se piove e non mi voglio bagnare devo aprire l'ombrello.

riuscire nell'intento di discriminare ciò che è semplicemente un comportamento regolare da ciò che è invece comportamento regolato. Nell'esempio riportato, se la fuga fosse stata determinata da un'esplosione saremmo stati di fronte ad un comportamento suscitato dalla paura, se invece la popolazione avesse obbedito al richiamo della sirena, ecco che il comportamento risponderebbe ad un modello comportamentale del tipo "se senti una sirena d'allarme è meglio entrare al più presto in un rifugio"⁶².

Sulla base di queste considerazioni, possiamo tentare di rispondere al quesito formulato poc'anzi, traendo spunto dalle teorizzazioni hartiane in tema di norme ed abitudini⁶³. Hart fonda la distinzione tra abitudini e norme sociali (e tra comportamento regolare e regolato) sul concetto centrale di "aspetto interno delle norme". Affinché un gruppo sociale abbia un'abitudine, è sufficiente che i comportamenti dei suoi membri convergano: ad esempio, è abitudine sociale diffusa andare al cinema il sabato sera, è abitudine di molti uomini radersi ogni mattina, e così via. Questa uniformità di comportamenti, afferma Hart, non è però sufficiente per potere affermare l'esistenza di una norma. Una norma sociale possiede un "aspetto interno, in aggiunta all'aspetto esterno che ha in comune con un'abitudine sociale e che consiste nel comportamento uniforme e regolare di cui un osservatore può rendersi conto"⁶⁴.

Tale caratteristica è individuabile solo abbandonando il punto di vista dell'osservatore esterno e ponendosi dal punto di vista interno. Affinché si possa affermare l'esistenza di una norma sociale è necessario infatti che almeno una parte dei membri di quel gruppo sociale sia convinto che quel determinato comportamento sia un criterio generale di condotta per sé e per gli altri, un modello di comportamento al quale ci si deve uniformare e in presenza del quale ci si aspetta che gli altri membri del gruppo facciano altrettanto, con la conseguenza che quel comportamento diviene un punto di riferimento (interno) per poter criticare chi devia dal suo corso regolare.

⁶² BOBBIO, *Delle norme in generale*, cit., 180.

⁶³ HART, *Il concetto di diritto*, cit., 67 ss.

⁶⁴ HART, *ibidem*, 68.

In buona sostanza, la presenza di una norma sociale è manifestata dal modo in cui i membri del gruppo reagiscono alle deviazioni dal comportamento o alle minacce di deviazione: sussiste un atteggiamento normativo interno (*normative attitude*) che avverte l'obbligo del comportamento conforme attraverso il grado di pressione sociale del gruppo cui si appartiene⁶⁵.

Naturalmente il confine tra abitudine sociale e norma sociale, e quindi tra comportamento regolare privo di ogni valutazione normativa e comportamento regolare perché regolato è molto labile: può benissimo accadere che una condotta meramente abitudinaria come quella di andare al cinema o radersi al mattino possa col tempo acquistare una pregnanza normativa tale da trasformare quel comportamento in un vero e proprio modello da seguire: d'altronde se una compagnia di amici si vede ogni sabato sera al cinema può capitare che a lungo andare chi sia "assente ingiustificato" possa essere in qualche modo oggetto di disapprovazione, così come in un ambiente lavorativo particolarmente formale dove tutti sono vestiti in maniera elegante e gli uomini hanno il viso rasato, chi si presenta con la barba incolta è disapprovato dal "gruppo", ecco che la mia abitudine di radermi il mattino è qualcosa di più, perché considero il radersi come un modello di comportamento che accetto come obbligatorio.

3. Gli studi sulle norme sociali

3.1. Premessa

Prima di continuare, una doverosa precisazione terminologica va compiuta: quando parliamo di norme sociali, intendiamo in questo lavoro un'accezione del termine riferita alle sole norme sociali di tipo non giuridico, cioè a quelle che la letteratura nordamericana chiama *social norms* o *norms*, per

⁶⁵ CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, cit., 123.

contrapporle alle *legal norms*. Mi spiego meglio: la letteratura italiana, specialmente quella sociologica, quando parla di norme sociali intende “ogni tipo di regola, condivisa o imposta, presente in una collettività più o meno vasta e più o meno differenziata, la quale imponga o vieti determinati comportamenti ai singoli individui o ai gruppi che compongono tale collettività”⁶⁶. Una nozione molto ampia, un *genus* che ricomprende tutte quelle regole di comportamento che sono “sociali” proprio perché si riferiscono alla società e a coloro che la compongono, e pertanto in questa ampia accezione vi rientrano molte *subspecies*: le norme dell’uso, del costume, della consuetudine, della moda, dell’etichetta, della buona educazione, del buon gusto e così via, cioè quelle norme informali, nascenti “dal basso” e non già da un’autorità centrale. Ma non è tutto: oltre a queste norme informali, nel novero delle norme sociali vi rientrano anche quelle giuridiche, cioè quelle imposte “dall’alto” e da un’autorità centrale. La nostra analisi sarà dunque incentrata principalmente sulle norme sociali diverse da quelle giuridiche, e sulla loro capacità di poter effettivamente condizionare ed indirizzare il comportamento dei consociati, in maniera spesso molto più efficace delle norme statali.

3.2. La marginalità del tema nella riflessione giuridica italiana

Le norme sociali hanno un’importanza vitale per molte scienze sociali, e il motivo di questo è presto detto: esse governano gran parte della nostra vita sociale e se consolidate possono avere un potere eccezionale.

Fortemente interessati allo studio delle norme sono i sociologi, i quali cercano di comprendere i fenomeni della società umana studiandone cause ed effetti, in relazione all’individuo e al gruppo sociale di appartenenza: per costoro le norme giocano un ruolo fondamentale in tali fenomeni. Lo stesso si dica per gli psicologi sociali e comportamentali. Gli economisti sono altrettanto interessati, anche se hanno cominciato ad interessarsi delle norme sociali

⁶⁶ POCAR, *Il diritto e le regole sociali*, cit., 29.

abbastanza recentemente, allo scopo di chiarire in che modo queste possano risolvere i problemi di azione collettiva e della produzione di beni pubblici.

Per quanto riguarda i giuristi italiani, va detto che l'importanza delle norme sociali diverse da quelle giuridiche è stata sempre abbastanza sottostimata, probabilmente per via dell'impostazione culturale e per il fatto che tale insieme di regole è stato considerato come un *quid* incapace di poter fungere da strumento regolatore di determinate vicende umane che abbisognano di un elevato livello di certezza, avendo invece trovato nella legge promanata dallo Stato – il diritto formale – il mezzo principe per raggiungere tale scopo. Sul continente queste tematiche hanno attecchito poco o per nulla, forse a causa della difficoltà nel distinguere norme sociali, consuetudini, prassi, e così via.

A fronte del carattere marginale attribuito, almeno finora, da parte della dottrina giuridica italiana a questo tema, l'attenzione sarà rivolta nei confronti della *legal scholarship* statunitense, la cui produzione letteraria è aumentata esponenzialmente negli ultimi anni.

3.3. Law and Social Norms: analisi della dottrina giuridica statunitense

Erano gli anni Novanta quando le norme sociali entrarono a far parte a pieno titolo dell'oggetto di studio dei giuristi statunitensi. A ben vedere, questo interesse verso le *social norms* non è in realtà una scoperta, ma una riscoperta, poiché tale argomento affonda le proprie radici nei lontani anni Sessanta in alcuni scritti di sociologi del diritto, esponenti del movimento dottrinale *Law and Society* (composto da sociologi e psicologi). Questo movimento era fortemente influenzato dalle teorie macrosociologiche e diede alle stampe una serie di articoli riguardanti l'interazione tra la legge e le norme sociali, e in generale sul modo in cui quest'ultime agiscono "sul campo", influenzando il comportamento delle persone. Tali sociologi del diritto furono di fatto i primi

che apprezzarono appieno il significato e l'importanza del controllo sociale attraverso norme di tipo informale, tramite un approccio di tipo realista, legato ai fatti e alla documentazione empirica degli avvenimenti sociali⁶⁷. Degno di nota è il lavoro di Stewart Macaulay, il quale, attraverso un semplice sondaggio, mostrò come i *businessmen* del Wisconsin non davano molta importanza alle leggi sui contratti nel momento in cui dovevano stipularli o darvi applicazione, preferendo piuttosto riferirsi ad una serie di norme informali e decentrate, diffuse da tempo nell'ambito dei rapporti commerciali tra imprese⁶⁸.

Queste opere furono sfortunatamente oggetto di scarsa considerazione da parte della comunità di studiosi dell'epoca, probabilmente perché essi non furono in grado di elaborare una teoria unitaria e quindi compiere un lavoro di astrazione a fronte di quanto rilevato empiricamente.

Al movimento dottrinale del *Law and Society* se ne affiancava un altro, che prendeva (e conserva tuttora) il nome di *Law and Economics* (in italiano: analisi economica del diritto) e che nasce all'inizio degli anni '60 dalla pubblicazione dell'articolo sul problema dei costi sociali di Ronald Coase⁶⁹ e dall'analisi economica della responsabilità extracontrattuale di Guido Calabresi⁷⁰. Gli esponenti di questo movimento si prefiggono lo scopo di conferire maggiore rigore scientifico alle teorie giuridiche, attingendo dagli strumenti della scienza economica (in particolare della microeconomia) per analizzare le norme legislative e valutarne l'efficienza.

Tradizionalmente gli studiosi di analisi economica del diritto si sono occupati di tre grandi settori tematici: *tort law*, *contract law* e *property law*, mentre l'attenzione non era focalizzata sulla "dimensione sociale" dell'individuo e sullo studio delle *social norms*. La produzione letteraria era fortemente incentrata sul ruolo primario della legge, sulla determinazione di modelli che consentissero di spiegare come l'agente razionale (*l'homo oeconomicus*) rispondesse ai dettami della

⁶⁷ R.C. ELLICKSON, *Law and Economics Discovers Social Norms*, 27 J. LEGAL STUD. 537, 546 (1998).

⁶⁸ Cfr. S. MACAULAY, *Non-contractual Relations in Business: A preliminary Study*, 28 AM. SOC. REV. 55 (1963).

⁶⁹ R.H. COASE, *The Problem of Social Cost*, 3 J. L. & ECON. 1 (1960).

⁷⁰ G. CALABRESI, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Tort*, 70 YALE L. J. 497 (1961).

legge, di come quest'ultimo orientasse razionalmente le proprie scelte sulla base di un ritorno d'utilità personale. In quest'ottica, per lo studioso di *Law and Economics* le leggi rappresentano incentivi che condizionano il comportamento degli individui, e attraverso la modifica di esse i governi possono indirizzare la condotta umana. Nei modelli di analisi economica del diritto è il legislatore l'unica entità in grado di sanzionare efficacemente gli agenti razionali: la famiglia, la Chiesa, i consociati, i gruppi etnici e gli altri individui facenti parte del gruppo sociale di appartenenza non sono in grado di condizionare le loro scelte. Una concezione di controllo sociale che potremmo definire di centrismo legislativo⁷¹, dove la preminenza dello Stato è assoluta e l'ordine sociale può derivare soltanto dall'osservanza delle leggi statali.

Numerose furono le critiche mosse nei confronti di questa corrente dottrinale: si sostiene che giuristi ed economisti del movimento *Law and Economics* avrebbero sopravvalutato il ruolo che le leggi e lo Stato hanno nel conformare il comportamento dei consociati, sottovalutando, invece, l'importantissima funzione svolta dalle norme sociali e dalle sanzioni informali. La ragione di tale modo di pensare è probabilmente legata al metodo scientifico proprio dell'analisi economica del diritto, nonché al fatto che tali giuristi si erano sempre focalizzati sullo studio delle leggi, e non delle norme del buon costume, dell'etichetta, delle sub-culture, e così via.

Le cose cominciarono a cambiare intorno agli anni Ottanta, quando alcuni teorici della scelta razionale cominciarono in varie discipline ad avvicinarsi allo studio delle *social norms*⁷². Alcuni di essi concentrano l'attenzione sull'interazione sussistente tra la legge (*legal rules*) e le norme sociali (*social norms*) e quindi tra regole formali ed informali, nel tentativo di elaborare una teoria che dimostri che, sebbene la legge sia un elemento fondamentale per il controllo sociale, questa non abbia il monopolio.

⁷¹ Il termine è di Oliver Williamson, il quale lo ha utilizzato per descrivere la convinzione che i governi siano la fonte predominante di regole e sanzioni. Si veda O.E. WILLIAMSON, *Credible Commitments: Using Hostages to Support Exchange*, 73 AM. ECON. REV. 519, 520 (1983).

⁷² Cfr. ad esempio R. AXELROD, *An Evolutionary Approach to Norms*, 80 AM. POLIT. SCI. REV. 1095 (1986).

L'opera seminale in materia risale al 1991. Si tratta del volume di Robert Ellickson *Order Without Law*, dove l'autore dimostra come nella contea di Shasta, in California, gli allevatori di bestiame e i proprietari dei *ranch* abbiano trovato un sistema di risoluzione delle controversie, insorte tra loro a causa dei danni dovuti al pascolo incontrollato delle vacche sui terreni altrui, che prescinde completamente dalla conoscenza della legge e dal ricorso all'apparato giudiziario: un vero e proprio sistema di norme informali, nascenti dalla comunità stessa, che è in grado di mantenere il controllo della società⁷³.

Attraverso una complessa ricerca sul campo e la raccolta di dati empirici, Ellickson, esponente del movimento *Law and Economics*, ha gettato nuova luce sulla questione centrale relativa all'organizzazione della vita sociale, discutendo del rapporto leggi-norme sociali e su come quest'ultime possano essere effettivi mezzi per il controllo sociale nonché meccanismi per risolvere il problema dell'azione collettiva.

Con *Order Without Law*, Ellickson ha determinato una svolta epocale nell'ambito dell'analisi economica del diritto, creando, o quanto meno anticipando, un fiorente filone di ricerca all'interno del movimento del *Law and Economics*, che ha preso il nome di *Law and Social Norms*.

Il principale punto innovativo del lavoro di Ellickson sta nell'aver utilizzato gli strumenti tipici della microeconomia per dare fondamento alle proprie argomentazioni, inserendosi appieno nel solco della tradizione dell'analisi economica del diritto ma, diversamente da questa, basando il proprio lavoro sulla considerazione del ruolo svolto dalle norme sociali anziché dalla sola legge. In un certo senso Ellickson ha riscattato quel *modus operandi* tipico del realismo giuridico americano, secondo il quale la ricerca va condotta sul campo, con metodi empirici, per scoprire quale sia davvero la *law in action*, il diritto vivente.

A partire dall'opera di Ellickson, il modo di studiare il diritto non è stato più lo stesso: ogni studioso che voleva analizzare l'efficienza di una norma giuridica e capire quali politiche il legislatore deve adottare, doveva farlo

⁷³ R.C. ELICKSON, *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Cambridge Mass., 1991.

in maniera del tutto nuova, includendo nella sua ricerca le norme sociali, poiché era ormai assodato che le interazioni tra quest'ultime e la legge sono varie e mutevoli: a volte le regole informali determinano la condotta individuale a prescindere da quanto stabilito dalla legge, a volte le norme sociali e la legge indirizzano il comportamento congiuntamente, spesso regole formali ed informali si condizionano a vicenda, e tutto questo non può essere ignorato⁷⁴.

Più o meno nello stesso periodo altri autori hanno dato il loro contributo a questo nuovo modo di vedere le cose. Sicuramente degno di nota è il lavoro del recente Premio Nobel Elinor Ostrom, la quale ha dimostrato come nel contesto della gestione ambientale le persone spesso collaborano e lavorano insieme allo scopo di creare una *governance* privata delle risorse comuni, operando indipendentemente da quanto stabilito a livello statale⁷⁵. Pregevole anche il lavoro dell'economista di scuola harvardiana Lisa Bernstein, la quale ha affrontato il tema notando come alcuni gruppi professionali, nel settore del commercio di diamanti, avevano sviluppato norme a livello industriale per regolare il loro *business*, nonostante a livello statale vi fosse la disponibilità di una piena regolamentazione formale⁷⁶.

Questi autori sono stati coloro che hanno in un certo senso dato il via a questo filone di ricerca, ma dagli anni Novanta a questa parte la letteratura ha raggiunto dimensioni sterminate, tant'è che oggi si parla di *new norm scholars*, per riferirsi a quegli studiosi che nell'ultimo decennio si sono occupati di norme sociali in maniera preminente, con la pretesa dichiarata di dimostrare l'esistenza di una serie di dinamiche di controllo informale e analizzare come queste interagiscano con il controllo sociale posto in essere dallo Stato. Dunque un dibattito che si estende, in ultima analisi, a quale debba essere il ruolo del diritto formale e in particolare se e in quali casi quest'ultimo debba intervenire per regolare e correggere le inefficienze del tessuto normativo sociale.

⁷⁴ R.H. MCADAMS, *The Origin, Development, and Regulation of Norms*, 96 Mich. L. Rev. 338, 347 (1997).

⁷⁵ E. OSTROM, *Governare i beni collettivi*, Venezia, 2006, *passim*.

⁷⁶ L. BERNSTEIN, *Opting Out of The Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry*, 21 J. LEGAL STUD. 115 (1992).

Alcuni autori ritengono che i gruppi sociali siano in grado di auto-regolamentarsi, cioè di produrre da sé norme efficienti e che ogni forma di centrismo legislativo finisca per produrre gravi inefficienze⁷⁷. Altri sono piuttosto ottimisti sulle possibilità di un intervento correttivo da parte dello Stato⁷⁸, ed altri, sposando una visione intermedia, ritengono che difficilmente sia possibile un intervento legislativo di tipo calibrato ed efficace⁷⁹.

Un'analisi approfondita di tale recente letteratura ci porta a compiere una *summa divisio* tra coloro che considerano le norme sociali come un mezzo di controllo sociale (*social control*) e coloro che le reputano un mezzo che consente di risolvere il problema dell'azione collettiva (*collective action problem*).

Nella prima suddivisione rientrano le considerazioni svolte da due autori, Paul Mahoney e Chris Sanchirico, i quali affermano come la legge non sia così importante come sembra, e che il controllo sociale spesso si ottiene attraverso norme sociali piuttosto che attraverso la legge⁸⁰.

Con riferimento a coloro che considerano le norme sociali come un *quid* che rende possibile la cooperazione tra più individui nonché il coordinamento nell'interazione umana, troviamo ad esempio Richard McAdams, il quale sostiene che le norme sociali possono rappresentare una potenziale soluzione ai problemi di cooperazione nei gruppi sociali, cioè a quei problemi che nascono a causa di una disparità tra il comportamento individuale che massimizza il benessere del gruppo e il comportamento che massimizza il benessere del singolo individuo all'interno del gruppo medesimo. La non-cooperazione è individualmente razionale: se tutti partecipano, ciascuno ne trarrà beneficio, ma ogni individuo si avvantaggia maggiormente se si astiene

⁷⁷ Cfr. su tutti ELLICKSON, *Order without Law*, cit., 177 ss. Tale autore fa riferimento in maniera specifica alla capacità di auto-regolamentarsi dei c.d. *close-knit groups*, cioè quelle comunità compatte ed unite, formate da individui che condividono i medesimi interessi e valori e che hanno continue e ripetute occasioni di interazione tra loro.

⁷⁸ Cfr. C.R. SUNSTEIN, *Social Norms and Social Roles*, 96 COLUM. L. REV. 903 (1996).

⁷⁹ Cfr. E.A. POSNER, *Law and Social Norms*, Cambridge Mass., 2000.

⁸⁰ Cfr. P.G. MAHONEY, C.W. SANCHIRICO, *Competing Norms and Social Evolution: Is the Fittest Norm Efficient?*, 149 U. PA. L. REV. 2027, 2027-2028 (2001): "law is not important as it appears. Social control, many scholars note, is often achieved through social norms – informal, decentralized systems of consensus and cooperation – rather than through law".

dal farlo. Le norme sociali possono costituire uno strumento importante come incentivo per allineare l'interesse individuale a quello del gruppo⁸¹.

4. Alcune nozioni di *social norm*

Like cows, social norms are easier to recognize than to define.

K. BASU, *Social Norms and The Law* (1998)

Tracciare una definizione unitaria di norma sociale è molto difficile. Tutti concordano sull'importanza delle norme sociali, mentre pochi si trovano d'accordo su una nozione condivisa⁸².

La letteratura abbonda di definizioni di norma sociale, e le varie scienze che se ne sono occupate hanno cercato di descriverle e definirle conformemente ai loro scopi specifici. A tale difficoltà si aggiunga il fatto che, anche a voler solo considerare la dottrina italiana e quella statunitense, le nozioni che si riscontrano sono spesso molto varie, di conseguenza il presente lavoro troverà due ordini di limite: da un lato l'indagine sarà focalizzata sulle nozioni fornite dall'analisi economica del diritto e dalla psicologia sociale. Dall'altro lato la limitazione opererà sul versante territoriale, in quanto la disamina troverà fonte esclusiva nella letteratura nordamericana in tema di *law*

⁸¹ MCADAMS, *The Origin, Development, and Regulation of Norms*, cit., 412: "Collective action problems arise because of a gap between the behavior that maximizes an individual's welfare and the behavior that maximizes the group's welfare. Norms engage rational theorists because they offer potential solutions to such problems. When the gap occurs, norms may add incentives that cause individual self interest to align with group interest".

⁸² Ci siamo già occupati delle norme sociali dando alcune nozioni che più propriamente sono ascrivibili alla sociologia e al concetto di norma come aspettativa comportamentale condivisa da più persone nell'ambito di un gruppo determinato e sostenute in parte dalla loro approvazione o disapprovazione. Per ragioni di completezza vale la pena ricordare anche la nozione fornita da un altro sociologo, il quale sostiene che per norma sociale si intenda ogni "proposizione variamente articolata e codificata la quale prescrive ad un individuo o ad una collettività, come elemento stabile e caratterizzante della sua cultura o subcultura, o d'una cultura o subcultura aliena cui è in quel momento esposto, la condotta o il comportamento più appropriati (cioè "giusti") cui attenersi in una determinata situazione, tenuto conto delle caratteristiche del soggetto, delle azioni da esso eventualmente subite, e delle risorse di cui dispone; ovvero, in parecchi casi, l'azione da evitare, anche se comporta sacrifici o costi di varia natura". Cfr. L. GALLINO, *Dizionario di sociologia*, II ed., Torino, 2006.

and social norms, a partire dal caposaldo in materia, *Order Without Law* di Robert Ellickson.

Nonostante i vari autori siano fortemente divisi su molti aspetti, generalmente condividono l'approccio metodologico e la concezione di fondo di norma sociale. Quest'ultima consisterebbe in una regola capace di orientare il comportamento individuale assistita da sanzioni di natura extralegale (sanzioni sociali che vanno dalla blanda disapprovazione all'ostracismo sociale)⁸³.

Una prima nozione, riscontrabile in dottrina, è attribuibile ad uno dei pionieri del movimento dottrinale di *Law and Economics*, Robert Cooter, il quale ne fornisce una versione funzionale. Egli afferma che: "le norme sono funzionali in quanto indirizzano il comportamento"⁸⁴. E ancora, presentando quella che ritiene essere la forma "canonica" di una norma sociale: "la forma canonica di una norma dispone che ogni membro di una certa classe di persone (soggetto della norma) ha l'obbligo (carattere della norma) di fare qualcosa (contenuto della norma) in presenza di determinate circostanze (condizioni della norma), e tale membro è soggetto a sanzioni nel caso di inosservanza (sanzioni della norma)⁸⁵".

Cooter pertanto aderisce ad una concezione di norma sociale intesa come obbligazione sostenuta da una sanzione e la cui funzione è quella di orientare il comportamento umano. Tra i vari accademici interessati alle *social norms*, Cooter si distingue in quanto ad interesse mostrato nei confronti dei processi di socializzazione come elementi chiave per comprendere la forza motivazionale delle norme. Cooter riconosce che alcuni individui "internalizzano" le norme sociali, le fanno proprie, di modo che quest'ultime non operino più esclusivamente come agenti "esterni" ma bensì come una

⁸³ Cfr. R.C. ELICKSON, *The Market for Social Norms*, 3 AM. L. & ECON. REV. 1, 3 (2001).

⁸⁴ Cfr. R. COOTER, *Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant*, 144 U. PENN. LAW. REV. 1643, 1661 (1996). Letteralmente: "Norms are practical in the sense that they direct behavior".

⁸⁵ COOTER, *Decentralized Law for a Complex Economy*, cit., 1661. Letteralmente: "the canonical form of a norm states that each member of a certain class of people (norm's subjects) has an obligation (norm's character) to do something (norm's act) in certain circumstances (norm's conditions), subject to a penalty for noncompliance (norm's sanction).

sorta di tribunale “interno” all’individuo, facendo sì che l’inosservanza sia psicologicamente gravosa in quanto fonte di sentimenti come l’imbarazzo o il senso di colpa⁸⁶.

Eric Posner, un altro studioso del movimento *Law and Economics*, ha approcciato la questione in maniera piuttosto diretta, in quanto sin da subito sembra voler chiarire come quello delle *social norms* sia un concetto piuttosto sfuggente. Egli ha precisato che le definizioni rese in dottrina sembrerebbero essere tutte arbitrarie, e se così fosse, si può quanto meno affermare che si tratta di un difetto che caratterizza tutti coloro che scrivono su questo tema⁸⁷. La definizione fornita da Posner si avvicina a quella di Cooter, in quanto egli sostiene che: “[le] norme sociali vincolano i tentativi delle persone di soddisfare le loro preferenze”⁸⁸. Anch’egli, pertanto, sposa un approccio di tipo funzionale e comportamentale, fornendo una nozione che si riferisce all’elemento funzionale, cioè “cosa fa” la norma sociale.

Passando in rassegna il lavoro di altri esponenti del movimento *Law and Economics* troviamo altri interessanti contributi, come quello di Ellickson, il quale nel cercare di costruire una teoria sulle *social norms*, crea una tassonomia basata su cinque categoria di “controllori” che determinano le regole comportamentali e tramite i quali si ottiene un controllo sociale: l’etica personale, i contratti, le regole organizzative, le leggi e le norme sociali. Quest’ultime vengono definite come regole emanate dalle forze sociali (*social forces*)⁸⁹.

Altri studiosi hanno elaborato delle nozioni di *social norms* alla stregua delle quali esse vengono considerate regolarità comportamentali che sorgono spontaneamente, “dal basso” (*bottom-up*), cioè direttamente dalla società e a livello decentralizzato.

⁸⁶ Si veda più avanti, *infra*, per approfondimenti sul problema dell’internalizzazione.

⁸⁷ Cfr. E.A. POSNER, *Law, Economics, and Inefficient Norms*, 144 U. PENN. LAW. REV. 1697, 1699 (1996): “the concept of a norm is slippery. [...]. I will begin offering some definitions, and if they seem arbitrary, it at least can be said that this is a defect shared by all writers on this subject”.

⁸⁸ POSNER, *ibidem*. Letteralmente: “a norm constrains attempts by people to satisfy their preferences”.

⁸⁹ V. ELLICKSON, *Order without Law*, cit., 123 ss.

Michael Hechter e Karl-Dieter Opp, nel loro libro dedicato alle norme sociali, dopo averle introdotte come “fenomeni culturali che prescrivono e proscrivono la condotta da tenere in specifiche circostanze”⁹⁰, precisano come queste consistano in “regolarità comportamentali che generano aspettative sociali senza alcun’imposizione morale”⁹¹.

Richard McAdams fornisce il proprio contributo, definendo le *social norms* “regolarità sociali informali che gli individui osservano in ragione di un innato senso del dovere ovvero perché spinto dal timore delle sanzioni esterne di tipo informale, o per entrambe le ragioni”⁹².

5. Razionalità individuale, cooperazione e norme sociali

*Under what conditions will cooperation emerge
in a world of egoists without central authority?*

R. AXELROD, *The Evolution of Cooperation* (1984)⁹³

Il problema dell’azione collettiva è un aspetto fondamentale di ogni teoria sulle norme sociali, in quanto quest’ultime sono comunemente considerate come uno dei meccanismi che rende possibile la cooperazione tra due o più individui.

Per analizzare questo aspetto ci vengono in aiuto due teorie elaborate dagli economisti: la teoria della scelta razionale e la teoria dei giochi.

⁹⁰ M. HECHTER, K.D OPP, *Introduction*, in M. HECHTER, K.D OPP (ed), *Social Norms*, New York, 2001, xi. “Norms are cultural phenomena that prescribe and proscribe behavior in specific circumstances”.

⁹¹ HECHTER, OPP, *ibidem*, xiii: “norms are merely behavioral regularities that generate social expectations without any moral obligations. From this point of view, we identify certain behavior as a social norm if deviation from that practice results in costs being imposed on an agent

⁹² MCADAMS, *The Origin, Development, and Regulation of Norms*, cit., 340: “by norms this literature refers to informal social regularities that individuals feel obligated to follow because of an internalized sense of duty, because of a fear of external nonlegal sanctions, or both”.

⁹³ Axelrod apre con questa frase ad effetto la sua importantissima opera in materia di cooperazione ed azione collettiva. Letteralmente: “in quali condizioni la cooperazione può emergere in un mondo di egoisti senza un’autorità centrale?”. Cfr. R. AXELROD, *The Evolution of Cooperation*, New York, 1984, vii.

I teorici della scelta razionale argomentano che la società sarebbe composta da una molteplicità di individui che agiscono razionalmente, ognuno di essi con una serie di credenze e preferenze. L'agente razionale è egoista: al momento di prendere una decisione tiene conto soltanto dei suoi costi e benefici individuali, senza curarsi degli effetti che tale decisione produrrà per le altre persone. In questo senso, le decisioni sono prese in maniera tale da massimizzare la propria utilità soggettiva e raggiungere, al minimo costo, i propri scopi, di qualunque natura essa siano (c.d. *rationally interested self-interested choice*)⁹⁴.

Questa teoria ben si presta a spiegare il modo in cui un agente razionale prenderà le proprie decisioni nel momento in cui deve fronteggiare un vincolo di bilancio, ma non è in grado, tuttavia, di dare una risposta a tutte le ipotesi della vita in cui è necessario affrontare una scelta. Invero, “nessun uomo è un'isola” e molte scelte vengono compiute da agenti impegnati in situazioni di interazione sociale. In queste ipotesi i soggetti che interagiscono assumono un comportamento “strategico”, nel senso che le decisioni prese dall'agente A dovranno in qualche modo basarsi su quanto egli si aspetta che decida B, e viceversa. Chi deve prendere una decisione, prima di farlo, dovrà formarsi un'opinione sul modo in cui agiranno gli altri, tenendo conto del fatto che questi faranno altrettanto nei confronti della sua decisione. In generale, gli agenti A e B preferiranno interagire con l'obiettivo di ottenere benefici reciproci, ma la struttura stessa dell'interazione rende impossibile il raggiungimento di soluzioni cooperative: in assenza di un qualche tipo di meccanismo che imponga la cooperazione, ogni attore deciderà in maniera indipendente dagli altri e non verrà raggiunto un equilibrio efficiente⁹⁵.

Il discorso può essere chiarito facendo riferimento ad un'altra teoria diffusa in campo economico, che tratta di ogni situazione nella quale assumono importanza la strategia e l'interazione strategica: la teoria dei giochi.

⁹⁴ Cfr. R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, R. PARDOLESI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile, I. Fondamenti*, II ed., Bologna, 2006, 26 ss.

⁹⁵ AXELROD, *The Evolution of Cooperation*, cit., 136.

5.1. La teoria dei giochi: il dilemma del prigioniero e il problema dell'azione collettiva

Uno degli ambiti di indagine più importante delle teorie della scelta razionale è costituito dalla teoria dei giochi. Si tratta di un insieme di modelli matematici che analizzano situazioni in cui le decisioni prese da soggetti razionali sono tra di loro interdipendenti.

Consideriamo un modello classico della teoria dei giochi, il c.d. dilemma del prigioniero (*Prisoner's Dilemma*), rappresentativo del possibile conflitto tra la razionalità di ciascun giocatore come singolo individuo e il risultato ottimale per l'insieme dei giocatori intesi come collettività.

Nella versione più semplice di questo gioco vi sono due individui (c.d. giocatori), i quali hanno a disposizione due strategie decisionali alternative: cooperare o defezionare (non cooperare), alle quali sono collegati dei risultati (c.d. *payoff*).

Si veda la matrice illustrata di seguito, la quale esemplifica un'ipotesi di dilemma del prigioniero dove vi sono due giocatori, A e B, ognuno dei quali può decidere se cooperare o defezionare⁹⁶. Le quattro celle della matrice dei risultati riportano i vari *payoffs* risultanti dalle varie possibili combinazioni di scelta. In ciascuna coppia di valori, il primo numero indica il *payoff* di A, il secondo quello di B.

	B: coopera	B: defeziona
A: coopera	3,3	0,5
A: defeziona	5,0	1,1

⁹⁶ V. ELLICKSON, *Order without Law*, cit., 160.

Ad esempio, se il giocatore A scegliesse di cooperare e il giocatore B di defezionare, il giocatore A riceverebbe 0 unità ed il giocatore B riceverebbe 5 unità.

Posto che i giocatori devono prendere la propria decisione indipendentemente da quella dell'altro, conoscendo esclusivamente i vari *payoffs* collegati alle decisioni prese, per entrambi i soggetti la linea d'azione razionale è evidentemente quella di non cooperare (agire da c.d. *free rider* ed ottenere 1 unità a testa). La mancanza di ogni garanzia nella scelta cooperativa dell'altro giocatore spinge i teorici dell'azione razionale a considerare non vantaggiosa la strategia cooperativa. Tuttavia, il prezzo da pagare è alto, poiché si avrà un risultato subottimale rispetto alle utilità previste nel caso in cui entrambi i giocatori avessero deciso di cooperare ed ottenere 3 unità cadauno.

Tale mancata cooperazione tra gli individui, che si riduce in una riduzione del profitto complessivo, è per l'appunto il risultato tipico di un insoluto problema di azione collettiva: il problema è dato dal fatto che la non-cooperazione è individualmente razionale, mentre è meglio per tutti se ciascuno coopera piuttosto che se non lo fa nessuno⁹⁷.

Appare chiaro che nel caso riportato sia impossibile ottenere una cooperazione per il comune vantaggio degli individui. Esistono però dei meccanismi che consentono di risolvere il problema dell'azione collettiva,

⁹⁷ In realtà l'azione collettiva è un'estensione a più giocatori del dilemma del prigioniero a due giocatori. Riporto una definizione del problema dell'azione collettiva così come indicata in ELSTER, *Il cemento della società*, cit., 44: "qualunque situazione di scelta binaria in cui, se qualcuno prende una certa decisione – sceglie di cooperare – è meglio per tutti di quanto sarebbe se tutti scegliessero nel modo opposto, per quanto ciascuno tragga vantaggi maggiori optando per la linea d'azione opposta". L'inquinamento offre un esempio: per l'*homo oeconomicus* spesso è razionale inquinare, poiché i danni che egli stesso subisce dal proprio contributo sono trascurabili; tuttavia quando tutti inquinano, si ottiene complessivamente un risultato peggiore rispetto a quello che si sarebbe ottenuto se nessuno avesse inquinato. Lo stesso dicasi per altre situazioni classiche come ad esempio la formazione di un'organizzazione sindacale, la donazione del sangue, il diritto di voto, ecc. In tutti questi casi ciascun contributo individuale genera piccoli vantaggi distribuiti tra molti individui, e pesanti costi per uno solo, cioè la persona che coopera. Per quanto la somma dei vantaggi superi in genere gli svantaggi – di modo che la collettività abbia interesse alla cooperazione – i costi sostenuti da chi partecipa sono di solito più alti dei suoi vantaggi. Dunque, a nessun singolo individuo conviene cooperare.

facendo sì che la linea d'azione razionale diventi quella della cooperazione, anziché della defezione.

Certamente una prima soluzione per ottenere un questo beneficio cooperativo è offerta dal diritto formale emanato dallo Stato: quest'ultimo prevede dei rimedi giudiziari nel caso di inosservanza dei contratti, piuttosto che sanzioni penali per i delitti, di fatto andando a sanzionare i non cooperatori. Le leggi statali vanno a modificare la struttura dei *payoff* e costituiscono un incentivo alla cooperazione, la quale diventa la strategia dominante. Per chiarire meglio questa situazione si pensi al seguente modello di teoria dei giochi, che vuole esemplificare il paradigma della cooperazione nel mondo del *business*⁹⁸.

Supponiamo che vi siano due individui, Tizio e Caio, che si impegnano in un'attività imprenditoriale, allo scopo di ottenere un profitto. Tizio ha l'iniziativa, e può decidere se compiere un investimento iniziale pari a 1000 euro. Se tale investimento non viene compiuto, Tizio e Caio non perdono né guadagnano nulla, come si può vedere nella cella in basso a destra della tabella illustrata a seguire. Se l'investimento viene fatto, l'iniziativa passa a Caio, che deve decidere tra due strategie alternative: appropriarsi dell'investimento fatto da Tizio (defezionare) oppure far fruttare tale investimento generando un profitto per entrambi (c.d. *surplus* cooperativo - cella in alto a sinistra).

	Caio: coopera	Caio: defeziona
Tizio: investe	500,500	-1.000,1.000
Tizio: non investe	0,0	0,0

Sulla base di quanto sostenuto poc'anzi, se tale gioco viene riprodotto una sola volta (c.d. *one-shot game*), vale a dire nel caso in cui Tizio e Caio debbano compiere un singolo investimento e quindi non avranno futuri rapporti, la migliore strategia per entrambi sarà quella di massimizzare il

⁹⁸ Si tratta di un'esemplificazione dell'*Agency Game*, sviluppato da Robert Cooter. Cfr. COOTER, *Decentralized Law for a Complex Economy*, cit., 1657.

profitto. Stante queste premesse, Tizio, che deve compiere la prima mossa, prevede le strategie di Caio e non si fiderà di lui, quindi non compirà alcun investimento. Tale mancata cooperazione costituisce un ulteriore esempio del problema dell'azione collettiva.

I meccanismi di *enforcement* di cui si è accennato poc'anzi possono intervenire in questo tipo di interazioni che si svolgono in maniera irripetuta-istantanea. La soluzione è in questo caso rappresentata dalla stipulazione tra Tizio e Caio di un contratto, in forza del quale Tizio si impegna ad investire e Caio a cooperare. In questo caso, infatti, Tizio sarà incentivato a compiere l'investimento iniziale, poiché se Caio non dovesse cooperare, Tizio potrà tutelarsi, azionando in sede giudiziale la propria pretesa ed ottenendo un risarcimento che azzeri i profitti ingiustamente ottenuti da Caio appropriandosi dell'investimento iniziale.

5.2. Le interazioni ripetute: reciprocità e fiducia

Nel paragrafo precedente abbiamo visto come, in determinate situazioni, sia difficile indurre le persone a cooperare per il loro comune vantaggio. Risolvere un problema di azione collettiva può essere compiuto non solo tramite l'ausilio di soluzioni centralizzate come l'impianto normativo statale, ma anche attraverso soluzioni decentralizzate attraverso l'applicazione di norme informali di cooperazione.

Una situazione di questo genere si viene a creare nel caso di interazioni ripetute: si tratta dei c.d. super-giochi, i quali si basano sull'ipotesi che il gioco venga ripetuto più volte. Se si specifica un preciso meccanismo di punizione (o di ritorsione) che penalizzi il giocatore che sceglie il risultato collettivamente peggiore, si può dimostrare che l'equilibrio del gioco è, invece, quello collettivamente migliore. In questi casi possono emergere e stabilizzarsi strategie basate sulla reciprocità che consentono sul lungo periodo (*long-term*

relationships) dei guadagni superiori a quelli ottenibili con strategie puramente egoistiche.

Robert Axelrod è uno degli studiosi che ha contribuito maggiormente alla diffusione dei super-giochi. Egli ha dimostrato che in un gioco come il dilemma del prigioniero, ripetuto un numero indefinito di volte, la strategia ottimale è quella della reciprocità: il c.d. *tit-for-tat*⁹⁹. Si tratta di una strategia del tipo “occhio per occhio, dente per dente”: il primo giocatore coopererà sempre nel primo giro, ma continuerà a farlo solo se il secondo giocatore farà altrettanto in quello seguente. Se nel *round* precedente l'altro giocatore ha cooperato, io coopererò, se l'altro non ha cooperato, non coopererò¹⁰⁰. La strategia del *tit-for-tat* è la migliore nell'ambito dei giochi ripetuti, in quanto definisce un equilibrio ottimale, per cui se tutti la adottano nessuno può ottenere un guadagno più elevato utilizzandone un'altra.

Il vero problema è identificare le condizioni necessarie e sufficienti per l'affermarsi di norme di cooperazione. Questo tipo di gioco infatti presuppone una serie di elementi: in particolare, ogni giocatore deve avere la capacità di riconoscere i giocatori affrontati in precedenza e la capacità di memorizzare l'esito delle varie interazioni precedentemente intercorse tra loro.

Axelrod ha sostenuto che la reciprocità emergerebbe nel lungo periodo nel momento in cui le condizioni consentano ai due giocatori, attraverso tentativi ed errori, di apprendere le varie possibilità di ricompensa reciproca. Ciò che importa non è la capacità dei giocatori di fidarsi l'uno dell'altro, ma la possibilità che il rapporto duri per un certo periodo di tempo senza errori, fino a che i due giocatori giungono a riconoscere l'effettività dei vantaggi reciproci nascenti dalla cooperazione¹⁰¹. La minaccia di ritorsioni fa sì che l'altro giocatore continui a cooperare, sapendo che la sua eventuale defezione sarebbe punita con la defezione del suo avversario in una successiva interazione.

⁹⁹ AXELROD, *The Evolution of Cooperation*, cit., 30-43.

¹⁰⁰ AXELROD, *ibidem*, vii. Spiega l'autore: “Tit for Tat is merely the strategy of starting with cooperation, and thereafter doing what the other player did on the previous move”.

¹⁰¹ AXELROD, *ibidem*, 13.

Torniamo per un momento all'esempio di Tizio e Caio alle prese con un investimento imprenditoriale. Abbiamo visto come nel caso di un interazione istantanea la strategia adottata da Tizio sarà quella di non investire, in quanto si attenderà da Caio che questo si appropri dell'investimento, determinando così una soluzione improduttiva. Abbiamo anche visto che una possibile strada per uscire da questa situazione di inefficienza è quella di stipulare un contratto, in modo che Tizio possa citare in giudizio Caio se quest'ultimo non cooperi a fronte del suo investimento iniziale. Applicando il modello strategico del *tit-for-tat*, è possibile ottenere una cooperazione senza la protezione dello Stato. Nel mondo degli affari, difatti, capita spesso che i vari imprenditori intraprendano rapporti durevoli e si prospettino quindi interazioni a tempo indefinito, che non si limitano ad un singolo investimento o una singola transazione. Si tratta di casi di interazioni ripetute, dove la strategia del *tit-for-tat* risolve il problema di azione collettiva. In una situazione di questo genere, infatti, è probabile che Tizio e Caio eviteranno di defezionare nel momento in cui ritengano possa sussistere un qualche tipo di beneficio dalla continua cooperazione e fintanto che l'altra parte continua a cooperare (ad esempio Caio coopera in quanto vuole evitare di fare la figura dell'imbroglione e quindi acquisire una cattiva reputazione nel mondo del *business*)¹⁰². Ecco che l'interazione ripetuta porta ad un risultato collettivamente efficiente senza l'ausilio dello Stato.

5.3. Le norme sociali come soluzione dei problemi di azione collettiva

¹⁰² A ben vedere l'interazione ripetuta non determina una vera e propria cooperazione, in quanto ogni soggetto è pronto in ogni momento a defezionare non appena questa risulti essere la strategia più appropriata per asservire i propri scopi. Ognuno dei soggetti è in ultima analisi interessato a massimizzare i propri interessi, pertanto più che una cooperazione sembrerebbe trattarsi di un gioco d'astuzia.

Torniamo al tema principale di questo paragrafo, cioè la capacità delle norme sociali di fungere da meccanismo informale che rende possibile la cooperazione tra più individui. Possiamo affermare che nei vari modelli di interazione analizzati precedentemente, le norme sociali possono costituire una valida soluzione all'inefficienza causata dalla scelta razionale, in veste di strumenti di incentivazione alla cooperazione.

Nel caso del dilemma del prigioniero, ad esempio, l'esistenza di una norma che prescriva la cooperazione farebbe sì che entrambi i giocatori avessero un certo beneficio dalla loro interazione. E in dottrina si ritiene che dato il fatto che una norma sociale di cooperazione migliorerebbe la situazione, è ovvio che i beneficiari di tale norma abbiano un interesse alla loro creazione. Il risultato inefficiente, proprio dei giochi iterativi istantanei, genera una richiesta di norme¹⁰³.

Si pensi alla seguente situazione, riguardante il caso delle mance¹⁰⁴: Tizio entra in un ristorante, consuma un pasto servito da un cortese cameriere, il quale successivamente gli porta il conto. A questo punto Tizio ha davanti a sé due possibilità: pagare il conto aggiungendo una certa percentuale di mancia, oppure pagare il conto senza alcuna mancia aggiuntiva. La linea d'azione razionale in questa ipotesi d'interazione sarà quella del non fornire alcuna mancia: Tizio è interessato esclusivamente a soddisfare i propri interessi, si tratta di un turista che difficilmente tornerà in quel ristorante e pertanto non avrà occasione di rivedere quel cameriere, e pertanto non c'è alcuna ragione (dal punto di vista della massimizzazione dei propri interessi) per lasciare del denaro in più. Il caso esemplificato rappresenta un palese problema di azione collettiva, in quanto il cameriere serve il cliente in una certa maniera nella

¹⁰³ T. VOSS, *Game-theoretical Perspectives on the Emergence of Social Norms*, in HECHTER, OPP, *Social Norms*, cit., 112.

¹⁰⁴ L'esempio delle mance è particolarmente significativo per alcuni Paesi come ad esempio gli Stati Uniti o la Germania, dove per alcune categorie di soggetti lasciare una piccola ricompensa al cameriere, al barista o al facchino dell'albergo è un costume particolarmente consolidato. In Italia accade con meno frequenza, ma questo stesso discorso può trovare applicazione in tutti quei casi in cui vi è un'interazione tra individui i quali, come il caso classico del viaggiatore occasionale al bar dell'aeroporto, difficilmente avranno modo di interagire nuovamente con le stesse identiche persone in futuro.

prospettiva di ricevere una mancia. Ma a fronte di tale aspettativa, il cliente può beneficiare gratuitamente di tale condotta e quindi, nei termini della teoria dei giochi, defezionare, agendo da *free-rider*.

Nonostante le conclusioni tratte dai teorici della scelta razionale, nella realtà di tutti i giorni i clienti dei ristoranti non solo lasciano la mancia, ma lo fanno determinando un ammontare ben preciso, in percentuale rispetto al totale del conto. Questa considerazione ci porta ad affermare che ciò che spinge il cliente a lasciare la mancia è una norma sociale. E posto che l'inosservanza di una norma sociale attrae disapprovazione, conformarsi è la cosa più razionale da fare, come conseguenza possiamo affermare che le norme sociali indirizzano il comportamento umano. Tizio lascerà la mancia in quanto il costo della disapprovazione in caso di inosservanza eccede quello dell'osservanza, diventando la linea d'azione razionale.

6. Teorie sull'origine e l'osservanza delle norme sociali: l'approccio dell'analisi economica del diritto

6.1. Cooter e la Internalization Theory (teoria dell'internalizzazione)

Diversi studiosi hanno tentato di elaborare una teoria delle norme sociali che possa essere integrata nell'ambito della scelta razionale, allo scopo di individuare come queste nascano, si evolvono e perché vengono rispettate.

Robert Cooter è stato il primo esponente del movimento di *Law Economics* che ha elaborato una teoria sulla genesi delle norme sociali, la c.d. teoria dell'internalizzazione delle norme sociali. Il suo lavoro si distingue, rispetto a quello dei suoi colleghi, per l'enfasi che pone nei confronti dei processi di socializzazione, intesi come meccanismi attraverso i quali gli individui apprendono e interiorizzano le norme sociali.

Cooter sostiene che le *social norms* vengono ad esistenza nel momento in cui vengono internalizzate dalla popolazione¹⁰⁵.

Una norma sociale è internalizzata quando un individuo l'ha fatta propria, la condivide, la considera giusta (una sorta di *malum in se*), così da sentirsi obbligato a rispettarla. La violazione di una norma interiorizzata provoca così nell'individuo un forte senso di colpa e risulta, quindi, psicologicamente gravosa. Il rispetto della norma, viceversa, provoca nell'individuo orgoglio e fierezza. Se riprendiamo l'esempio della mancia data al cameriere di un ristorante o di un bar di un aeroporto, possiamo capire come la teoria dell'internalizzazione possa atteggiarsi a soluzione del dilemma. Lascio una mancia al cameriere non perché ho paura della reazione degli altri, ma perché ritengo sia la cosa giusta da fare. Allo stesso modo, si pensi ad esempio all'obbligo di allacciare le cinture di sicurezza in automobile. Quando fu introdotta questa prescrizione nel Codice della Strada, la maggior parte delle persone la rispettava per paura delle sanzioni, mentre una piccola percentuale lo faceva per ragioni di sicurezza. Ad oggi la situazione si è capovolta: mettere la cintura non è più considerato (per i più) come una fastidiosa imposizione ma, al contrario, come qualcosa di giusto, naturale e razionale.

Cooter afferma come il processo di internalizzazione di una norma sociale vada ad incidere nei confronti dell'equilibrio motivazionale dell'agente razionale, innalzando il costo atteso dalla violazione della norma stessa e rendendo così la cooperazione la strategia dominante¹⁰⁶. Si capisce immediatamente come una norma interiorizzata abbia una forza enorme nell'orientare le scelte dell'individuo, spesso assai maggiore rispetto a quella esercitata dall'esterno attraverso le sanzioni sociali. Per dirla con le parole di Pocar: "spesso gli individui tengono, in ossequio alle norme che hanno inconsapevolmente introiettato, comportamenti perfettamente contraddittori con i loro oggettivi interessi e consoni piuttosto a interessi altrui, pensando

¹⁰⁵ COOTER, *Decentralized Law for a Complex Economy*, cit., 1665: "a social norm is ineffective in a community and does not exist unless people internalize it".

¹⁰⁶ COOTER, *ibidem*, cit., 1665: "Internalization may tip the balance for a decisionmaker in favor of obeying a norm".

tuttavia che tali comportamenti siano giusti e, per dir così, naturali e non già il frutto dell'accettazione di una norma sociale"¹⁰⁷.

L'internalizzazione è importante anche sotto un altro punto di vista. Chi ha fatto propria una norma sociale, trasformandola in un certo senso in una norma morale, riterrà che questa debba essere rispettata anche dalle altre persone, e pertanto tenderà a disapprovare e criticare chi dovesse trasgredirla. In questo senso, pertanto, il processo di internalizzazione è un punto chiave per il sostenimento e l'*enforcement* delle norme sociali.

Più autori hanno sollevato delle critiche nei confronti dell'internalizzazione come *conditio sine qua non* per l'esistenza delle norme sociali.

Secondo Ellickson, "una norma [sociale] può esistere anche se nessuno la ha internalizzata, purché le altre persone forniscano un adeguato livello di *enforcement* informale"¹⁰⁸. In altri termini, più è basso il grado di interiorizzazione di una norma, e quindi il livello delle sanzioni "interne", e più affidamento si deve fare sulle sanzioni esterne per fare in modo che la norma venga rispettata.

McAdams è ancora più chiaro. Concorde nel ritenere che l'internalizzazione giochi un ruolo fondamentale nell'*enforcement* delle norme sociali, ma afferma che "Cooter si sbaglia quando dice che una norma sociale non esista in assenza di una sua internalizzazione"¹⁰⁹.

In definitiva, possiamo affermare come la teoria di Cooter abbia avuto il merito di portare all'interno dell'analisi economica una concezione nuova, che ha fatto capire come il rispetto delle norme sociali non avvenga esclusivamente sulla base di un calcolo utilitaristico e per la paura di subire delle sanzioni esterne, ma anche per via di quel "tribunale interno" che giudica le nostre azioni e ci fa sentire in colpa quando deviamo da una norma

¹⁰⁷ POCAR, *Il diritto e le regole sociali*, cit., 19.

¹⁰⁸ ELICKSON, *The Market for Social Norms*, cit., 3. Letteralmente: "a norm can exist even if no one has internalized it, however, so long as third parties provide an adequate level of informal enforcement".

¹⁰⁹ MCADAMS, *The Origin, Development, and Regulation of Norms*, cit., 378. Letteralmente: "i think Cooter is wrong when he says that a social norm 'does not exist' absent internalization".

sociale”¹¹⁰, ed anzi l’internalizzazione può talora spiegare perché un certo individuo rispetti una norma o punisca chi non la rispetti.

6.2. McAdams e la *Esteem Theory* (teoria della stima)

Richard McAdams, un altro esponente del movimento dottrinale del *Law and Economics*, ha elaborato la *Esteem Theory*, relativa all’origine delle norme sociali. Egli sostiene che il rispetto delle norme sociali sia da ricercare nel desiderio di ognuno di ricevere la stima dei propri simili, di essere rispettati dagli altri ed avere maggiore prestigio ai loro occhi¹¹¹.

McAdams prende le mosse dalla considerazione che i motivi per i quali una norma sociale è osservata sono relativamente chiari. In termini economici: una norma esisterà fintanto che le sanzioni imposte al trasgressore determinino la previsione di un costo per la violazione, che ecceda quello dell’osservanza della norma stessa.¹¹² Le sanzioni di cui parla McAdams sono da considerarsi di tipo extra-legale e decentralizzato: sanzioni sociali che vanno dalla mera disapprovazione all’esclusione dal gruppo sociale d’appartenenza. Questo meccanismo sanzionatorio informale fa scaturire un altro problema: cosa spinge un singolo individuo ad intraprendere un’attività dispendiosa come quella di sanzionare un proprio simile? Egli non adotterà tali misure, a meno che il suo contributo non risulti, di fatto, decisivo per impedire il comportamento scoraggiato. Siamo di fronte ad un problema di azione collettiva di secondo ordine: il contributo di disapprovazione di ogni singola persona conta poco, ma se tutti agiscono insieme e disapprovano la stessa condotta, ecco che si ottiene un risultato efficiente. Secondo McAdams è possibile risolvere questo problema di azione collettiva, in quanto le persone

¹¹⁰ A. BAGNASCO, M. BARBAGLI, A. CAVALLI, *Corso di sociologia*, Bologna, 2007, 126.

¹¹¹ MCADAMS, *The Origin, Development, and Regulation of Norms*, cit., 342. La parola *esteem* può essere tradotta, seppure con qualche approssimazione, alle parole “stima”, “considerazione”, “reputazione”.

¹¹² MCADAMS, *ibidem*, 352.

potrebbero punire il trasgressore a costo zero, semplicemente negandogli quella stima che desiderano.

Affinché una norma sociale possa emergere, McAdams ritiene che debbano essere soddisfatte tre condizioni: in primo luogo, deve esistere nella popolazione di riferimento un consenso, in ordine al carattere commendevole o deprecabile di un determinato comportamento; in secondo luogo, deve sussistere un qualche insito rischio che quel comportamento possa essere identificato dalla popolazione in questione; in terzo luogo, le condizioni di cui sopra devono essere conosciute dalla popolazione. Nel momento in cui tali condizioni si avverano, e posto che le persone ricercano la stima degli altri, ne segue che tale desiderio di stima genera un costo in capo a chi volesse tenere una condotta diversa da quella sui cui verte il consenso generale.

In altre parole, una norma sociale emergerà in una data popolazione nel momento in cui, per la maggior parte degli individui, il peso attribuito ad una possibile perdita di stima in caso di trasgressione sia maggiore rispetto a quello derivante dal tenere il comportamento condiviso, di modo che l'individuo preferisca comportarsi in maniera corretta ed ottenere la stima degli altri¹¹³.

La teoria della stima è sicuramente degna di nota, ma vi sono alcune buone ragioni per essere scettici in ordine ad alcune sue affermazioni. Lo stesso McAdams, peraltro, solleva alcuni dubbi. In primo luogo, è chiaro che un individuo sanzionerà l'autore di un comportamento deprecabile solo nel momento in cui è certo che nel gruppo sociale di riferimento tale condotta sia effettivamente disprezzata. D'altronde, chi di noi, trovandosi per la prima volta in un ambiente di lavoro sconosciuto, in un nuovo gruppo di amici o in una città straniera, si prende il rischio di censurare il comportamento di qualcuno senza prima essere certi che in quella comunità tale comportamento sia considerato men che commendevole? Evidentemente tasteremo prima il terreno, per capire se anche i nostri pari la pensano allo stesso modo¹¹⁴.

¹¹³ MCADAMS, *ibidem*, 364.

¹¹⁴ Queste considerazioni evidentemente conseguono al carattere stesso delle norme sociali, che possono variare da comunità a comunità, da nazione a nazione, di modo che ciò che è considerato "normale" in Italia, può essere un malcostume o in altri Paesi. Porto qui un

Queste considerazioni fanno pensare che la teoria in esame non sia pienamente in grado di spiegare in che modo le norme sociali emergono *ab origine*, ma solo il modo in cui queste sono rafforzate e sostenute nel tempo. McAdams si difende, facendo notare come in realtà le persone compiano delle valutazioni e giudichino il comportamento degli altri “indipendentemente e a prescindere dall’esistenza di una specifica norma sociale”¹¹⁵. È necessario e sufficiente che ognuno abbia una certa capacità di giudizio e sensibilità. Le persone tengono a valori come la civiltà, l’equità, la sicurezza pubblica, la pulizia dell’ambiente, e così via, e tali valori sono ciò che tiene insieme la società e motiva le persone a creare o rafforzare delle norme sociali che siano contrarie a tutti quei comportamenti che si pongono come lesivi dei suddetti valori.

In definitiva questa tesi, come accade in genere con quelle proposte dai teorici della scelta razionale, vuole spiegare l’operatività delle norme sociali elevando a fattore chiave l’elemento sanzionatorio, in questo caso il suo carattere esogeno, inteso in termini di disapprovazione sociale pubblicamente osservabile. Non si spinge a spiegare il motivo per cui alle persone tengono all’opinione degli altri oppure i motivi per cui di punto in bianco alcune persone cominciano a sanzionare un comportamento: ed è giusto così, perché tale arduo compito è demandato ad altre scienze come la psicologia o la sociologia.

6.3. Posner e la Signaling Theory (teoria dei segnali)

L’approccio di Eric Posner nei confronti dello studio delle norme sociali è animato da un’attenzione quasi ossessiva per la purezza metodologica.

esempio che traggio da una delle mie passioni il motociclismo. In Italia capita di frequente di vedere motociclisti che, al semaforo, sorpassano la lunga colonna di auto per portarsi in “*pole position*” davanti a tutti. Evidentemente si tratta di un comportamento accettato dai più, poiché generalmente nessuno degli automobilisti si lamenta suonando il clacson. È probabile che tale condotta sia condivisa in quanto non provoca alcuna esternalità negativa sulle quattroruote: il motociclista risparmia tempo e si riduce la posizione in coda delle auto. Chiunque sia stato in Germania, avrà notato che le cose stanno diversamente. Raramente si vede una motocicletta che non stia ordinata in coda dietro le auto come tutti gli altri. Se qualcuno sorpassa quantomeno viene colpito da qualche occhiataccia da parte degli automobilisti.

¹¹⁵ MCADAMS, *The Origin, Development, and Regulation of Norms*, cit., 358.

Egli vuole sgombrare il campo da quelle considerazioni fenomenologiche e di valore che ha riscontrato nei lavori di McAdams, disegnando un modello analitico caratterizzato da una certa austerità teorica¹¹⁶.

Nel suo modello, Posner concepisce le norme sociali come dei “segnali” che consentono agli individui di farsi riconoscere come *partner* affidabili nelle diverse relazioni della vita sociale¹¹⁷.

Posner assume che ciascun membro della comunità abbia caratteristiche e qualità personali differenti che lo rendono più o meno affidabile. L’obiettivo di ogni individuo sarebbe quello di trovare un *partner* con cui allacciare una relazione cooperativa e nel contempo evitare quelli meno affidabili. Tutte le diverse caratteristiche e qualità personali che influiscono sull’affidabilità di una persona vengono poi ridotte ad un unico dato: il tasso con cui quella persona sconta il flusso dei benefici futuri (*discount rate*)¹¹⁸. Una volta fissato tale tasso di sconto che opera come valore soglia, gli individui facenti parte la comunità vengono suddivisi in due categorie: gli individui cooperativi (*good types*), che hanno un basso tasso di sconto, e quelli opportunistici (*bad types*), che hanno un elevato tasso di sconto.

Il concetto di segnale è, pertanto, quello di un’azione che ha un determinato costo – in termini di tempo o denaro – per il soggetto che deve compierla e che consente di discriminare (c.d. *separation*) i *partner* cooperativi da quelli opportunistici.

Posner argomenta la propria tesi richiamando la teoria dei giochi ed in particolare il modello del dilemma del prigioniero ripetuto nel tempo. Coloro che sono intenzionati a cooperare vogliono avere uno strumento per comunicare agli altri tale volontà e, in termini opposti, vogliono poter riconoscere, tra la molteplicità di possibili *partners*, coloro che sono a loro volta

¹¹⁶ Cfr. POSNER, *Law and Social Norms*, cit., 235, nota n.5, dove critica ELSTER, *Il cemento della società* dicendo che le sue argomentazioni sulle motivazioni umane pongono delle basi per lo studio delle norme sociali fenomenologicamente attraenti ma metodologicamente sterili. Per i commenti sui lavori di McAdams, si veda *Ibidem*, 40.

¹¹⁷ Cfr. E.A. POSNER, *Symbols, Signals, and Social Norms in Politics and the Law*, 27 J. LEGAL STUD. 765 (1998), 2 ss., disponibile all’URL: <http://ssrn.com/abstract=33687> e POSNER, *Law and Social Norms*, cit., 18 ss.

¹¹⁸ POSNER, *ibidem*, 18.

affidabili e disponibili, di modo che i due possano incontrarsi e cooperare in maniera efficace. In questo senso, Posner afferma in maniera sibillina che “per distinguersi dai *bad types*, i *good types* si adoperano in azioni chiamate segnali”¹¹⁹. Sulla base di questa considerazione, è evidente che un individuo compirà determinate azioni che svolgono una funzione di segnale, e quindi rispetterà una norma sociale perché, tramite il comportamento ad essa associato, questa svolge la funzione di veicolare le informazioni sulla reputazione e l'affidabilità delle persone, costituendo quindi un vero e proprio meccanismo risolutivo del problema dell'azione collettiva¹²⁰.

Ad esempio, se vestirsi in maniera elegante ed ordinata è considerato indice di serietà, precisione ed affidabilità, è probabile che in determinati contesti verrà attribuito a tali persone un trattamento migliore. Una volta che questo si verifica, è probabile che un maggior numero di persone cercherà di vestirsi in quella maniera. L'istruzione, per citare un altro esempio, è un meccanismo di segnalazione delle capacità individuali.

In effetti, un segnale può servire per avviare una relazione cooperativa, per mantenere una relazione cooperativa o per fondare una reputazione¹²¹. Ne sono esempi significativi, nel mondo del *business*, i cesti di Natale che spesso le aziende regalano ai propri clienti più importanti o ai propri dipendenti. Non sarebbe meglio offrire degli sconti ai primi e degli aumenti di stipendio ai secondi¹²²? O ancora, nell'ambito familiare ed amicale, si pensi a quelle cene dove si invitano vicini di casa, colleghi, amici, e così via.

Affinché una certa azione possa fungere da segnale, questa deve soddisfare tre condizioni: deve essere costosa per chi la compie, deve essere osservabile dagli altri e infine deve essere arbitraria.

In primo luogo l'azione deve avere un costo in termini di dispendio di energie o denaro. Tale requisito è fondamentale, poiché solo l'azione costosa è

¹¹⁹ POSNER, *ibidem*, 19.

¹²⁰ Posner considera le norme come delle variabili endogene, sono l'etichetta che attacchiamo al comportamento segnalante. Cfr. POSNER, *ibidem*, 34.: “norms are thus endogenous, they do not cause behavior, but are the labels we attach to behavior to results from other factors”.

¹²¹ POSNER, *ibidem*, *passim*.

¹²² POSNER, *ibidem*, 23.

idonea a rivelare che il soggetto è disponibile ad incorrere in costi a breve termine necessario per realizzare dei benefici sul lungo termine, derivanti dalla cooperazione. In secondo luogo, se il fine è quello di veicolare una determinata informazione, l'azione dovrà altresì essere percettibile dagli altri, altrimenti non sarà possibile attribuirgli il valore di segnale. Infine, l'azione deve essere arbitraria, cioè determinata da una libera scelta del soggetto agente e avulsa da qualsiasi motivazione diversa da quella specificamente volta a veicolare il segnale al soggetto terzo¹²³.

La teoria dei segnali è stata oggetto di critiche su più punti¹²⁴. Innanzitutto, poiché conduce a considerare in maniera esclusiva la motivazione di segnalazione, ignorando le altre ragioni che frequentemente spingono un individuo a tenere una certa condotta, molte delle quali non sono collegate al desiderio di segnalare la propria qualità di *partner* affidabile nel tempo. Se interpretassimo rigidamente la teoria di Posner, dovremmo affermare che se qualcuno indossa un certo modello di pantaloni o dei vestiti alla moda solo per essere “cool”, o se qualcuno sventola una bandiera italiana per patrio orgoglio, non sta aderendo ad una norma sociale.

In secondo luogo, una censura che volge da più parti nei confronti dei modelli elaborati dai teorici della scelta razionale¹²⁵, è l'incapacità di attribuire qualsivoglia significato valutativo o di guida a ciò che identificano come norme sociali. L'approccio è incessantemente di tipo comportamentista, l'attenzione è rivolta esclusivamente ad analizzare in un'ottica di scelta razionale, “come” le persone agiscono, e non “perché”. Di fatto una norma sociale è qualcosa di diverso da una mera regolarità comportamentale, e l'elemento discriminante è

¹²³ POSNER, *ibidem*, 22.

¹²⁴ W.B. WENDEL, *Mixed Signals: Rational-Choice Theories of Social Norms and the Pragmatics of Explanation*, 77 IND. L. J. 1, 23-28 (2002).

¹²⁵ Cfr. C. BICCHIERI, R. MULDOON, *Social Norms*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford, 2011, disponibile all'URL: <http://plato.stanford.edu/index.html>; Y. FELDMAN, R.J. MACCOUN, *Some Well-Aged Wines for the “New Norms” Bottles: Implications of Social Psychology for Law and Economics*, in F. PARISI, L. VERNON (ed), *The Law and Economics of Irrational Behavior*, Stanford, 2005; R.E. SCOTT, *The Limits Of Behavioral Theories Of Law And Social Norms*, 86 VA. L. REV. 1603 (2000), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=241037>.

la normatività, intesa come capacità di fungere da standard comportamentale per gli altri, da guida per la condotta degli individui nella vita di tutti i giorni.

7. Le critiche mosse nei confronti dell'approccio economico-razionale

L'approccio che i *new norm scholars* hanno avuto nei confronti dello studio delle norme sociali è stato di tipo comportamentale ed economico. Questo significa che tali studiosi hanno adottato una prospettiva esterna, limitandosi ad osservare il comportamento delle persone e a tentare di descriverlo, utilizzando gli strumenti della microeconomia.

Diversi autori hanno criticato tale approccio, sostenendo come questo fornisca una visione superficiale di un concetto molto più complesso e profondo di quello che sembra. Le norme sociali sono lo specchio di una società, il risultato di un intrecciata trama che vede una miriade di diverse variabili che entrano in gioco simultaneamente e che possono determinare dei risultati spesso imprevedibili e non riducibili ad uno sterile calcolo costi-benefici. Molte e varie sono le motivazioni che spingono gli esseri umani a comportarsi in un certo modo nella vita di relazione, e i *new norm scholars* sembrano aver ignorato o comunque preso in scarsa considerazione questi aspetti, essendosi limitati a descrivere delle regolarità comportamentali piuttosto che cercare le *ragioni* che stanno dietro tali regolarità.¹²⁶ Se ci si pone esclusivamente da un punto di vista esterno, osservando il comportamento delle persone, tali ragioni dell'agire non possono essere rilevate, in quanto si tratta di fenomeni interni agli individui. Intenzioni, credenze, predisposizioni, aspettative, doveri, valori: sono soltanto alcuni degli elementi che determinano

¹²⁶ Per normatività di una norma sociale intendiamo il suo atteggiarsi da *standard* comportamentale, cioè da criterio generale di condotta per sé e per gli altri, un modello di comportamento al quale ci si deve uniformare e in presenza del quale ci si aspetta che gli altri membri del gruppo facciano altrettanto, con la conseguenza che quel comportamento diviene un punto di riferimento (interno) per poter criticare chi devia dal suo corso regolare e provocare nel trasgressore un senso di colpa, di vergogna o altri stati malessere psicologico.

il comportamento delle persone e che devono essere presi in considerazione dai teorici della scelta razionale, per costruire una teoria generale delle norme sociali completa.

Lo stesso Posner afferma: “le norme sociali sono difficili da descrivere, sono un concetto confuso, dai margini non distinti. Le persone osservano le norme sociali in maniera inconsistente, sporadica, imprevedibile”¹²⁷. Le norme hanno una “forza morale”: ciò che spinge le persone ad obbedire le norme sociali è una costrizione emotiva o psicologica, e la teoria dei giochi non è in grado di spiegare tale fenomeno¹²⁸.

Discipline quali la sociologia, la psicologia sociale e la psicologia cognitiva introducono, come motivazioni dell’agire umano, l’altruismo, il senso del dovere, le emozioni. Ciò che tali scienze hanno appurato, è che nelle ipotesi di azione collettiva gli individui spesso non adottano un atteggiamento calcolatore ed egoista, ma cooperativo e vicendevole, secondo una logica di reciprocità. Le aspettative normative contano: quando le persone percepiscono che gli altri si stanno comportando in maniera cooperativa, stati emozionali come l’altruismo e l’onore spingono l’agente a contribuire al bene pubblico anche senza la presenza di incentivi materiali. Viceversa, quando le persone percepiscono che gli altri si stanno comportando in maniera non cooperativa, sleale, egoistica, sono spinte da risentimento e reagiscono in modo diverso, anche se tale condotta potrebbe portarli ad essere esposti a svantaggi materiali.

Un’altra critica che è stata mossa nei confronti delle teorie elaborate dai teorici della scelta razionale, è stata quella di considerare i loro modelli adatti a spiegare le norme sociali efficienti come strumenti volti alla massimizzazione del benessere del gruppo sociale (*welfare maximizing norms*). Tali considerazioni economiche, tuttavia, si prestano ad essere utili per spiegare

¹²⁷ V. POSNER, *Law and Social Norms*, cit., 221: “social norms are hard to describe; they are fuzzy; they drift. People enforce social norms inconsistently, sporadically, unpredictably”.

¹²⁸ POSNER, *Law, Economics, and Inefficient Norms*, cit., 1709: “we say about most norms that people bound by them feel an emotional or psychological compulsion to obey the norms: norms have moral force. [...] La teoria dei giochi non spiega questi fenomeni”.

il comportamento individuale soltanto in gruppi sociali c.d. *close-knit*¹²⁹. Queste piccole comunità sono il contesto ideale per la nascita e diffusione di norme sociali efficienti, poiché il potere sociale è diffuso, – anche se non necessariamente in maniera egualitaria – sono culturalmente omogenee, vi è la possibilità per ciascun membro del gruppo di premiare o sanzionare gli altri¹³⁰.

Ma cosa accade quando il gruppo sociale da *close-knit* diventa *loose-knit*? Che influenza avranno le norme sociali in quelle comunità i cui membri non si conoscono e difficilmente avranno modo di interagire nuovamente? Si pensi alle norme sociali sul razzismo, sull'inquinamento ambientale, solo per fare qualche esempio. Nel momento in cui il gruppo sociale è composto da individui – come accade per esempio nelle comunità statuali – che non hanno modo di sapere quale sia la reputazione altrui, gli interessi, le possibilità di interagire in futuro con le stesse persone, in che modo le norme sociali possono nascere ed essere rispettate¹³¹? In generale possiamo affermare che quanto meno la collettività è differenziata, tanto maggiore sarà il peso delle norme sociali di tipo non giuridico.

8. L'approccio dell'economia sperimentale e della psicologia sociale

Nel paragrafo precedente abbiamo visto come il comportamento individuale non possa essere spiegato appieno con i soli strumenti e modelli della razionalità economica.

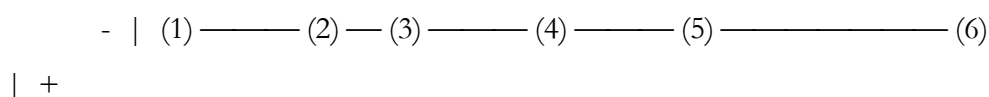
¹²⁹ L'espressione *close-knit* è difficilmente traducibile in italiano. Volendo ricorrere ad una perifrasi, con questo termine si intende un gruppo di persone in cui vi sono relazioni interpersonali frequenti ed improntate a rapporti di amicizia ed altri legami affettivi.

¹³⁰ Per approfondimenti sul tema cfr. ELLICKSON, *Order without Law*, cit., 177 ss.; BERNSTEIN, *Opting Out of The Legal System*, cit., *passim*.

¹³¹ Strahilevitz ha tentato di colmare queste lacune, sostenendo, anche attraverso l'ausilio di indagini empiriche, come possa esserci (e di fatto ci sia) cooperazione nei *loose-knit groups*. Si veda L.J. STRAHILEVITZ, *Social Norms from Close-Knit Groups to Loose-Knit Groups*, 70 U. CHI. L. REV. 359 (2003).

Ora cercheremo di riportare, a sommi capi e in maniera riassuntiva, i modelli teorici proposti da alcune branche della psicologia sociale e cognitiva nonché gli sforzi dottrinali di alcuni autori, facenti parte dello stesso movimento di *Law and Economics*, che hanno analizzato la questione da un punto di vista dell'economia sperimentale. Lo scopo è quello di porre le basi per una futura (ed auspicabile) integrazione di questi due mondi, economico da un lato e psico-sociologico dall'altro per avere una visione d'insieme delle norme sociali che sia la più completa possibile.

Seguiremo lo schema proposto da Wendel¹³², immaginando che le varie teorie sulle norme sociali possano essere riportate su una scala che va da 1 a 6.



Nella posizione (1), più vicina al segno meno (-) troviamo le teorie economiche tradizionali, povere in quanto a concetti e spiegazioni che non siano strettamente connesse alla razionalità individuale. La *Signaling Theory* di Posner è sicuramente tra queste, in quanto è parca di assunzioni che riguardino l'agire non-razionale delle persone ed essendo inoltre difficilmente falsificabile (cioè verificabile empiricamente). Le posizioni (2) e (3) sono occupate dalla *Esteem Theory* di McAdams e dalla *Internalization Theory* di Cooter, certamente più ricche di contenuti e concetti, ma pur sempre riconducibili nel solco dell'analisi economica del diritto.

Le teorie di stampo psico-sociologico e di economia sperimentale che ci volgiamo a tratteggiare trovano posto nelle ultime tre posizioni. Si tratta di quelle tesi che, come si può vedere dall'illustrazione schematica di cui sopra, sono più lontane dalle teorie economiche e maggiormente ricche di particolari, concetti, definizioni, analisi empiriche e falsificabilità, cioè possibilità di trovare un riscontro verificabile nella realtà.

¹³² V. WENDEL, *Mixed Signals*, cit., 41.

8.1. La New Chicago School e il Social Meaning

Alla posizione (4) del nostro schema troviamo alcune teorizzazioni proposte da esponenti della c.d. *New Chicago School*¹³³. Una delle teorie elaborate da questo filone dottrinale è quella del *Social Meaning* (significanza sociale delle azioni)¹³⁴. Gli autori sostengono che ogni azione umana porti con sé un significato ben preciso, il quale va ad associarsi al significato espresso da altre azioni e andando a costituire ciò che Lawrence Lessig, esponente della Scuola, chiama “contenuto semiotico”¹³⁵.

Cass R. Sunstein, un altro esponente della *New Chicago School*, riprende questo tema attribuendo alle norme sociali una funzione di sostegno nell’attribuire alle azioni umane un certo significato:

¹³³ Vale la pena spendere qualche parola su questa nuova Scuola: si tratta di un termine coniato da Lawrence Lessig, per indicare un nuovo approccio che alcuni studiosi – per lo più dell’Università di Chicago – hanno intrapreso nei confronti dello studio delle norme sociali, in rapporto con quelle di tipo giuridico. Lessig precisa come sia la “vecchia” Scuola che la “nuova” condividano su un punto: il comportamento umano è influenzato da forze ulteriori rispetto alla sola legge. Ciò in cui differiscono le due Scuole è il risultato che traggono da questo insegnamento: gli esponenti della “vecchia” Scuola concordano che la presenza di tali regolatori alternativi giustifichino una minore attività a livello legislativo, viceversa gli esponenti della “nuova” Scuola sono dell’idea che tali regolatori informali costituiscano, al contrario, dei preziosi strumenti di cui lo Stato può avvalersi per modellare le norme nella maniera più efficiente ai suoi obiettivi. Cfr. L. LESSIG, “*The New Chicago School*”, 27 J. LEGAL STUD. 661, (1998). Tra gli esponenti di questo movimento dottrinale ritroviamo lo stesso Lessig, Cass Sunstein, Dan Kahan, Richard Pildes, ecc. Cfr. ELLICKSON, *Law and Economics Discovers Social Norms*, cit., 548.

¹³⁴ Cfr. D.M. KAHAN, *What Do Alternative Sanctions Mean?*, 63 U. CHI. L. REV. 591 (1996), L. LESSIG, *The Regulation of Social Meaning*, 62 U. CHI. L. REV. 943 (1995); L. LESSIG, *Social Meaning and Social Norms*, 144 U. PA. L. REV. 2181 (1996) e SUNSTEIN, *Social Norms and Social Roles*, 96 COLUM. L. REV. 903 (1996), disponibile all’URL: <http://ssrn.com/abstract=10001>.

¹³⁵ Ritengo possa essere utile riportare un paio di esempi di *social meaning* citati da Lessig: il caso delle mance (in inglese: *tipping*) e quello della cintura di sicurezza. Abbiamo già visto supra come negli Stati Uniti sia una pratica diffusa dare la mancia alle persone che abbiano fornito un certo servizio, ma non a tutti: si lascia volentieri un piccolo extra al fattorino che ci porta i fiori a casa o al facchino che ci porta i bagagli in camera, ma a nessuno verrebbe in mente di elargire una gratifica al proprietario del negozio di fiori piuttosto che al gestore dell’albergo. Queste distinzioni sembrano ovvie, del tutto naturali, ma la loro complessità suggerisce che c’è qualcosa di più. L’azione di lasciare una mancia ha un preciso significato, che Lessig definisce, appunto, *social meaning*. Un altro esempio è quello del trasporto in taxi. Viene riportato il caso di Budapest, dove le vetture sono spesso molto piccole, e i clienti preferiscono sedersi sul sedile davanti anziché sulla poltrona posteriore. Fino ad un paio di anni fa, se qualcuno cercava di allacciarsi la cintura, il tassista lo avrebbe dissuaso. Se ciononostante si avesse proceduto con l’operazione, questa avrebbe avuto un effetto importante: allacciare la cintura equivaleva ad insultare il guidatore. V. LESSIG, *The Regulation of Social Meaning*, cit., 952.

“[le] norme sociali aiutano le persone ad assegnare un determinato significato sociale al comportamento umano. Con questo termine mi riferisco alla dimensione espressiva del comportamento (senza escludere il linguaggio) in una determinata comunità. Il significato sociale è il prodotto delle norme sociali”¹³⁶.

Sunstein vuole precisare come la maggior parte dei comportamenti abbia una funzione espressiva, in quanto idonea a veicolare un determinato messaggio per gli altri. Tale funzione, però, deve essere intesa non nel senso che chi compie l'azione voglia necessariamente comunicare agli altri un messaggio, bensì nel senso che le altre persone attribuiranno a quella condotta un certo significato in termini di preferenze e atteggiamenti del suo autore. Di questo aspetto è ben consapevole chi fa pubblicità, ed infatti molti *spot* perseguono l'obiettivo di andare ad incidere nei confronti del significato sociale da attribuire ad un determinato prodotto: chi lo compra sembrerà più sofisticato, alla moda, ecc. Il legame tra norme sociali e significato sociale è stretto ed articolato: le norme sociali possono determinare il significato sociale delle azioni, ma allo stesso modo possono esserne un artefatto¹³⁷.

I sostenitori della tesi in esame ritengono che i modelli elaborati dai teorici della scelta razionale abbiano omissso di considerare il rapporto che sussiste tra il comportamento individuale e il contesto in cui quest'ultimo viene ad esistere¹³⁸. L'incorporazione, nell'ambito di un discorso sulle norme sociali, della valutazione del contesto in cui le azioni si dispiegano è proficuo sotto due punti di vista. In primo luogo, favorisce una migliore e completa comprensione delle norme sociali vigenti in un determinato contesto sociale, potendo intuire

¹³⁶ SUNSTEIN, *Social Norms and Social Roles*, cit., 925. “Social norms help people assign ‘social meaning’ to human behavior. With this term I refer to the expressive dimension of conduct (not excluding speech) in the relevant community. Social meaning is a product of social norms. The expressive dimension of conduct is, very simply, the attitudes and commitments that the conduct signals”.

¹³⁷ SUNSTEIN, *ibidem*, 928.

¹³⁸ Si veda LESSIG, *Social Meaning and Social Norms*, cit., 2183, il quale afferma: “Norm-talk accounts for behavior; it does not discipline itself to account for context. It does not focus on the relation of behavior to context and the differences that relation raises”. E più avanti: “Norm-talk focuses on the action and ignores the context. Meaning-talk focuses on both. Norm-talk speaks of the price of behaviors; meaning-talk speaks of prices in particular contexts. Norm-talk abstracts; meaning-talk makes contingent”.

quale sia il significato da attribuire alla condotta umana e i costi o benefici sociali che si porta dietro. In secondo luogo, l'apporto maggiore che questa tesi può fornirci, è dato dalla sua potenziale capacità di fungere da meccanismo in grado di cambiare le norme sociali e quindi il comportamento delle persone. Comprendere il significato che i consociati attribuiscono ad una certa azione può essere la chiave per comprendere come modificare il comportamento delle persone.

Un esempio chiarificatore ce lo fornisce Dan Kahan, un altro economista sperimentale della *New Chicago School*, nel momento in cui richiama un problema di politica criminale riguardante l'opportunità di sostituire le pene detentive (arresto o reclusione) con pene di tipo pecuniario (multe o ammende)¹³⁹. Egli nota che nel corso degli anni l'utilizzo di questa sanzione privativa della libertà personale è sempre stato costante, ancorché per lo Stato sia più economico punire i criminali con delle sanzioni di tipo patrimoniale. Qual è il motivo di questa anomalia? Kahan sostiene che la risposta sia da ricercare nell'ambiguità del significato che la società attribuisce alle pene pecuniarie. L'opinione pubblica le percepisce come un qualcosa di insufficientemente severo, che ridicolizza la serietà dell'offesa cagionata. Alla pena pecuniaria, non importa quanto elevato possa essere il suo ammontare, non viene attribuito il valore di punizione – come accade invece per la detenzione – ma quello di un semplice costo che il colpevole deve sostenere. È come se per espiare le proprie colpe fosse sufficiente pagare una certa somma di denaro, come se la pena fosse il cartellino del prezzo attaccato al reato. L'impossibilità di ravvisare nella pena pecuniaria una valida alternativa alle pene detentive deve pertanto essere riscontrata nel conflitto tra la sensibilità dell'opinione pubblica e il significato che viene attribuito alle altre forme sanzionatorie.

La soluzione proposta da Kahan è quella di modificare il significato sociale attribuito alla pena pecuniaria, prevedendo che quest'ultime vengano previste non già in sostituzione di quelle detentive, ma come misura

¹³⁹ KAHAN, *What Do Alternative Sanctions Mean?*, cit., 617 ss.

sanzionatoria che si va ad aggiungere in via opzionale, di modo che sia il giudice a stabilire caso per caso quale scegliere.¹⁴⁰ Questo meccanismo va a legare insieme le due sanzioni (il termine usato dall'autore è “*tying*”) allo scopo di convincere l'opinione pubblica che esse sono equivalenti dal punto di vista del valore punitivo, e quindi con l'intento di alterare il contesto interpretativo e sbrogliare le ambiguità valorali delle pene pecuniarie.

8.2. Elster e la tesi eclettica

Jon Elster, filosofo e sociologo norvegese, si mostra molto più sensibile rispetto ai giuristi-economisti, nello studio degli aspetti affettivi delle norme sociali, della loro non-razionalità e del modo in cui tendono a coinvolgere le passioni umane. Egli si concentra sull'aspetto motivazionale, che spinge a seguire le norme, volendo sviluppare un modello di tipo induttivo, piuttosto che deduttivo. Per questi motivi la sua tesi può trovare posto nella posizione (5) dello schema di cui sopra.

Elster introduce il proprio discorso richiamando la *vexata quaestio* relativa alla teoria della scelta razionale: in che modo è possibile evitare che un agente razionale si comporti in modi che risultano essere individualmente razionali ma collettivamente disastrosi?¹⁴¹ Egli propone una tesi di tipo eclettico, secondo la quale, mentre alcune forme di comportamento sono meglio spiegate in base all'assunzione di razionalità, altre possono essere chiarite solo chiamando in causa qualcosa di simile ad una teoria delle norme sociali. Il suo discorso prende le mosse da una visione delle motivazioni individuali come “motore” della cooperazione, e distingue tra motivi della cooperazione dettati dalla razionalità e dettati dalle norme sociali. Pertanto, un individuo coopererà o perché agirà razionalmente, in quanto spinto dalle

¹⁴⁰ KAHAN, *ibidem*, 650.

¹⁴¹ ELSTER, *Il cemento della società*, cit., 33.

proprie motivazioni egoistiche o non egoistiche¹⁴² o perché agirà irrazionalmente (dal punto di vista della scelta razionale), in quanto sussista una norma sociale. A ben vedere, la cooperazione indotta dalla presenza di una norma sociale viene definita come irrazionale in quanto il loro rispetto non porta necessariamente a dei risultati individualmente ottimali. Tuttavia, questa conclusione non è comune a tutti i teorici della scelta razionale, poiché taluni di essi adottano una nozione di razionalità che è in grado di ricomprendere anche il comportamento cooperativo sostenuto dalle *social norms*: come già accennato precedentemente, nel caso in cui il mancato rispetto di una norma sociale porti ad una sanzione informale come ad esempio la disapprovazione, piuttosto che un internalizzato senso di colpa dell'agente. Più in generale, il comportamento guidato da norme è sostenuto dalla minaccia delle sanzioni sociali: in virtù della loro presenza, obbedire diventa razionale.

Elster sostiene, infatti, che un elemento fondamentale delle norme sociali è il fatto che esse sono sostenute dall'approvazione o disapprovazione sociale. Proprio per questa ragione ci si chiede se è proprio tale impatto emotivo l'elemento che motiva il rispetto delle stesse e che renda razionale il comportamento conforme alla norma stessa, piuttosto che una mera valutazione dei costi e benefici associati alle sanzioni esterne.

Il punto chiave, che spinge ad affermare il carattere normativo (e non solo statistico) delle norme sociali è quello per cui il comportamento conforme è incoraggiato non solo dall'atteggiamento delle altre persone – dall'aggrottare delle ciglia, la disapprovazione, ecc.¹⁴³ – ma anche dai “sentimenti di imbarazzo, di ansietà, colpa e vergogna suscitati dalla prospettiva di violare una prescrizione, o almeno di essere colti in flagrante”¹⁴⁴. Tale aspetto emotivo è ciò che innesca la conformità, e quindi la cooperazione, piuttosto che una gretta analisi dei costi e benefici insiti nel cooperare o defezionare.

¹⁴² Elster distingue, nell'ambito delle motivazioni dettate dalla razionalità in egoistiche e non egoistiche-. Le prime sono quelle distinguibili a loro volta in orientate al risultato o al processo. Il secondo gruppo è invece suddivisibile in interessi verso gli altri di tipo positivo (altruismo) o negativo (invidia e malevolenza). Cfr. ELSTER, *ibidem*, 57.

¹⁴³ ELSTER, *ibidem*, 187.

¹⁴⁴ ELSTER, *ibidem*, 145.

In questo senso le norme sociali sono appunto normative, in quanto fungono da parametro di riferimento per giudicare il comportamento degli altri. Tale giudizio però, può provenire non solo dall'esterno (dalla famiglia, dai compagni di lavoro, dai propri amici, ecc.), ma anche dal proprio "tribunale interno", che giudica le nostre azioni e ci fa sentire in colpa quando deviamo da una norma sociale che è stata ormai interiorizzata attraverso un processo di socializzazione. In questi casi la norma sociale verrà rispettata anche nei casi in cui la loro violazione passerebbe inosservata e quindi non esposta a sanzioni sociali. Il timore di provare tale sanzione sociale è sufficiente per impedire la violazione. Questa potrebbe essere una giustificazione all'esempio riportato *supra*, relativo alla mancia data al cameriere del bar: sono ragionevolmente sicuro che, in quanto turista di passaggio all'aeroporto, non rivedrò mai più quel cameriere, e non c'è nessuno che possa biasimarmi per questa mia manchevolezza, tuttavia darò la mancia, poiché quell'atto è stato ormai fatto proprio dalla persona in maniera così forte da operare inconsciamente.

Elster non si occupa di spiegare quale sia il modo in cui tali norme sociali vengono ad esistenza, anche perché ammette che è molto difficile capire l'effettiva genesi di quest'ultime nell'ambito di gruppi sociali più o meno grandi. La sua conclusione vuole essere un monito per tutti i teorici della scelta razionale che si avvicinano ad analizzare il rapporto tra motivazioni di tipo egoistico e norme sociali. Ciò che spinge le persone a comportarsi in una certa maniera non può essere semplicemente ridotto alla razionalità individuale. Ogni teorico della scelta razionale deve trovare quel giusto rapporto tra interesse egoistico e motivazioni normative che sta dietro ogni azione. Così scrive nel suo libro sull'ordine sociale:

"Non sono molti i casi di azione collettiva riuscita che possono essere spiegati esigendo come condizione essenziale la sola razionalità egoistica, sia essa orientata al risultato o al processo. Ma non sosterei che le motivazioni egoistiche non contribuiscono in alcun modo a superare il problema del comportamento da *free rider*. Quando ci si trova di fronte ad un'azione collettiva riuscita, il compito è identificare il preciso mix di motivazioni – egoistiche e normative, razionali e irrazionali –

che l'hanno prodotta. Motivazioni che prese separatamente non avrebbero dato il via all'azione collettiva possono interagire, crescere vorticosamente e rafforzarsi l'un l'altra in modo che l'insieme superi la somma delle parti”.

8.3. Alcuni modelli offerti dalla psicologia sociale e cognitiva

In questo paragrafo cercheremo di riportare sommariamente alcuni contributi teorici elaborati nel corso degli anni dalla psicologia sociale, cognitiva e comportamentale. La loro posizione, nello schema riportato *supra*, è la numero (6), in quanto le variabili che vengono prese in considerazione, la sperimentazione empirica, il coinvolgimento della miriade di stati emozionali ed intenzionali che caratterizzano l'agire umano, fanno di queste teorie un insieme, a volte incoerente, di asserzioni che si allontana molto dalla schematicità e purezza metodologica dei modelli economici.

Tale maggiore complessità dei modelli elaborati dalla psicologia è forse uno dei motivi per i quali essi non sono stati presi appieno in considerazione dagli economisti: infatti, difficilmente questi modelli vengono formalizzati in termini matematici o comunque tali da poter essere incorporate nelle teorizzazioni degli esponenti del *Law and Economics*, da qui lo scarso interesse mostrato nei loro confronti.

8.3.1. Bicchieri – Constructivist theory of norms

Cristina Bicchieri, professoressa di pensiero sociale ed etica comportamentale all'Università della Pennsylvania, ha elaborato una teoria di c.d. ricostruzione razionale del significato di norma sociale. Questa teoria spiega le norme sociali in termini di aspettative (empiriche e normative) e preferenze di coloro che le seguono. L'esistenza di una norma sociale dipende dalla presenza di un numero sufficiente di persone, le quali credono

nell'esistenza di una determinata norma che si riferisce ad una specifica tipologia di situazioni. Tali persone prevedono che un numero sufficiente di altre persone le seguiranno in presenza di quella stessa situazione. Data la presenza di aspettative, le persone avranno una preferenza condizionale ad obbedire tali norme, intendendosi con tale termine la preferenza a seguire una norma sociale solo se ci aspettiamo che anche gli altri facciano lo stesso. Questa situazione può essere espressa in termini economici con delle formule. Viene definita con la lettera N la norma sociale, con la S le situazioni che essa regola, con la P la popolazione, con P_{pc} la preferenza condizionale e infine con P_s la popolazione che segue la norma. La Bicchieri sostiene che N è una norma sociale nella popolazione P nel momento in cui esiste un sottoinsieme $P_{pc} \subseteq P$ di modo che, per ogni individuo $i \in P_{pc}$:

- *contingenza*: i sa che esiste una norma N che si applica nelle situazioni S ;
- *preferenza condizionale*: i preferisce conformarsi a N nelle situazioni S , a condizione che:

- (a) *aspettative empiriche*: i è convinto che un sottoinsieme sufficientemente ampio di P si conformi a N nelle situazioni S ;
- (b) *aspettative normative*: i è convinto che un sottoinsieme sufficientemente ampio di P conta sul fatto che i si conformi ad N nelle situazioni S ;

oppure

- (b1) *aspettative normative accompagnate da sanzioni*: i è convinto che un sottoinsieme sufficientemente ampio di P conta sul fatto che i si conformi ad N nelle situazioni S e può sanzionare il suo comportamento deviante.

Sulla base di queste premesse, una norma N è seguita dalla popolazione P se esiste un sottoinsieme sufficientemente ampio $P_s \subseteq P_{pc}$ di modo che, per ogni individuo $i \in P_s$, le condizioni 2(a) e 2(b) o 2(b1) sono soddisfatte per i e, come risultato, i preferisce conformarsi a N nelle situazioni S ¹⁴⁵.

¹⁴⁵ Per un'analisi approfondita di questo modello e una spiegazione approfondita di tutte le condizioni di cui si è fatto qui breve cenno si veda BICCHIERI, *The Grammar of Society*, cit., 11 ss.

8.3.2. Cialdini – Norme descrittive e norme prescrittive

Robert Cialdini, psicologo sociale statunitense, ha elaborato un'importante distinzione tra norme sociali descrittive e norme sociali prescrittive (*descriptive and injunctive norms*).

Le norme descrittive sono quelle che, appunto, descrivono una regolarità comportamentale, limitandosi, in altre parole, ad indicare il comportamento che si osserva con maggior frequenza in un determinato gruppo sociale, ovvero il comportamento “normale” (da qui il termine “norma”)¹⁴⁶. In questo sta il fattore influenzante delle norme descrittive: le persone sono interessate a sapere in che modo si comportano i propri simili e trovano in questa tipologia di norme sociali una guida di riferimento per agire in maniera conforme alla maggioranza delle persone in una situazione determinata. Le norme descrittive possono essere uno strumento fondamentale di persuasione. Di questo ne sono coscienti le agenzie pubblicitarie: basti pensare ai vari *spot* televisivi dove più che elogiare le qualità del prodotto viene enfatizzato il fatto che tantissime persone ne fanno uso e questo spesso è un incentivo sufficiente a convincere il consumatore.

In contrasto con le norme descrittive, che evidenziano “ciò che normalmente accade”, le norme prescrittive specificano “ciò che deve essere fatto”. In questo senso le norme prescrittive determinano negli individui una pressione socio-emotiva che li spinge ad agire in modo conforme alle attese positive degli altri membri del gruppo sociale. Le norme descrittive vengono rispettate per un innato istinto di imitarsi gli uni con gli altri, o comunque perché in tali norme orientano la condotta designando quella più appropriata in relazione alle vicende della vita sociale. Viceversa, le norme prescrittive sono

¹⁴⁶ Cfr. R.B. CIALDINI, C.A. KALLGREEN, R. RAYMOND, *A Focus Theory of Normative Conduct: A Theoretical Refinement and Reevaluation of the Role of Norms in Human Behavior*, 24 ADV. EXP. SOC. PSYCHOL. 201, 203 (1991).

seguite a causa delle sanzioni informali (positive e negative) previste nel caso di loro inosservanza¹⁴⁷.

8.3.3. Kelman - L'influenza sociale

Da ultimo riportiamo a sommi capi un modello riconducibile nell'ambito della psicologia sociale ed incentrato sul concetto di influenza sociale. Questo fenomeno si verifica quando le proprie emozioni, opinioni e comportamenti sono influenzati da ciò che fanno gli altri. Nel 1958, lo psicologo Herbert Kelman ha identificato tre livelli di influenza: l'acquiescenza, l'identificazione e l'internalizzazione (*compliance, identification and internalization*)

¹⁴⁸.

Per acquiescenza o compiacenza si intende quell'ipotesi in cui l'atteggiamento dell'individuo viene modificato dalla sorgente esterna, ma in maniera solo apparente, allo scopo di non incorrere nella disapprovazione sociale. Si tratta, a ben vedere, di un conformismo fittizio, in quanto ciò che l'individuo pensa o fa segretamente rimane differente dal suo atteggiamento esteriore.

L'identificazione, invece, comporta per l'individuo il desiderio di modificare la propria personalità allo scopo di stabilire o mantenere delle relazioni positive con un soggetto giudicato da questi attraente. L'interiorizzazione o introiezione, infine, è il livello massimo di influenza sociale, in quanto determina una completa assimilazione nel proprio sistema di

¹⁴⁷ Nella sua teoria sulla condotta normativa, Cialdini argomenta che le norme prescrittive tendono ad avere un effetto più robusto e durevole delle norme descrittive. Egli applica il suo modello al caso dei rifiuti, giungendo a dimostrare come le persone gettano per terra i rifiuti nel momento in cui l'ambiente è già inquinato, mentre si astengono dal farlo quando trovano un ambiente pulito e privo di rifiuti. Come a dire che se andiamo in luogo già pieno di sporcizia, ci sentiamo legittimati a buttare anche noi le nostre carte per terra, perché, in quel luogo, farlo è la normalità. Cfr. CIALDINI, KALLGREEN, RAYMOND, *ibidem*, 205 ss.

¹⁴⁸ Cfr. H.C. KELMAN, *Compliance, Identification and Internalization Three Processes Of Attitude Change*, 2 J. CONFLICT RESOL. 51 (1958).

credenze e valori, delle credenze, dei valori, degli ideali e dei comportamenti di un determinato gruppo sociale¹⁴⁹.

9. L'applicazione delle norme sociali

9.1. Le sanzioni informali

Perché gli individui obbediscono alle norme? Alla domanda in questione il senso comune fornisce tre risposte: a) perché obbedendo alle norme gli individui scongiurano il rischio di subire una sanzione negativa (quale ne sia la natura); b) perché obbedendo prevedono di mantenere l'approvazione degli altri, una positiva immagine ai loro occhi e un atteggiamento collaborativo; c) perché ritengono tali norme giuste e agiscono in base a questa motivazione.

Il punto b) fa riferimento all'idea di fondo che un individuo decide se rispettare o no una norma sociale confrontando costi e benefici. Tra i costi delle proprie azioni, va considerata anche la possibilità che un altro membro della comunità reagisca, richiamando i modelli economici analizzati, perdendo stima nei suoi confronti¹⁵⁰ o classificandolo tra i *bad types*¹⁵¹. Si tratta di quella tipologia di sanzioni che potremmo definire “esterne”, in quanto vengono irrogate da un soggetto diverso rispetto a quello che ha commesso la violazione.

Il punto c), al contrario, si riferisce a quelle ipotesi che potremmo ricondurre alla categoria delle sanzioni interne, conseguenti alla c.d. internalizzazione delle norme sociali. È il nostro “tribunale interno”, che giudica le nostre azioni e ci fa sentire in colpa quando deviamo da una norma sociale ed è spesso più efficace di qualsiasi sanzione esterna. D'altronde, un

¹⁴⁹ V. FELDMAN, MACCOUN, *Some Well-Aged Wines for the “New Norms” Bottles*, cit., 11.

¹⁵⁰ Cfr. *supra*, par. 6.2. la *Esteem Theory* di McAdams.

¹⁵¹ Cfr. *supra*, par. 6.3. la *Signaling Theory* di Posner.

individuo che ha interiorizzato una norma sociale, non arriverà al punto di violare la norma e applicare a sé stesso una sanzione: sapendo che la minaccia della sanzione è credibile, deciderà di non violare la norma¹⁵².

Il punto a) fa riferimento in via generale a quei comportamenti che si discostano da quanto previsto dalle norme sociali e che incontrano inevitabilmente qualche forma di sanzione negativa di tipo informale, applicata da un soggetto diverso da colui che ha violato la norma in questione (anch'esse rientranti nella categoria delle sanzioni esterne).

Le sanzioni informali sono, insieme alla legge, dei meccanismi fondamentali per il controllo sociale, anzi si ritiene che siano molto più efficaci dei meccanismi di *enforcement* formale. Per sanzione informale intendiamo qualsiasi attività diretta a ridurre il benessere di chi ha violato una norma sociale. Ci limiteremo ad analizzare le sanzioni negative, cioè quelle che consistono in punizioni inflitte a chi disattende le aspettative connesse alle norme sociali¹⁵³. Tale concetto è ampio e comprende sia stati d'animo (indignazione, esecrazione, disistima, distanza relazionale), sia reazioni come l'allontanamento, l'esclusione dal gruppo, ecc.)¹⁵⁴.

9.2. Il sistema di controllo sociale elaborato da Ellickson

Nell'ambito del movimento dottrinale di *Law and Economics*, Ellickson ha elaborato una tassonomia dei vari metodi attraverso i quali è possibile giungere ad un controllo sociale¹⁵⁵.

¹⁵² Si veda quanto detto nel par. 6.1. dedicato alla teoria dell'internalizzazione di Coater.

¹⁵³ Delle sanzioni giuridiche o sanzioni formali e di alcune caratteristiche delle sanzioni in generale si è già parlato diffusamente nel cap. I.

¹⁵⁴ Esistono anche sanzioni positive, che consistono in ricompense relazionali (stima, encomio) e premi sociali formali (riconoscenze ed onorificenze).

¹⁵⁵ L'espressione controllo sociale indica l'insieme delle misure atte ad uniformare la condotta degli individui facendo rispettare le norme e le aspettative del gruppo. Cfr. BERTELLI, *Devianza e vittimizzazione*, cit. 21.

Egli individua cinque diverse tipologie di *controllers*, cioè di entità dispensatrici tanto di regole comportamentali, quanto di sanzioni in caso di inosservanza delle regole stesse¹⁵⁶. In primo luogo, il controllo sociale si può ottenere attraverso l'auto-controllo (*first-party control*), nel momento in cui vi è un individuo che impone norme e sanzioni su se stesso. In secondo luogo, esiste un *second-party control*, quando vi sono due persone che concludono tra loro un contratto, ed ogni parte agisce sulla base di tale accordo, dispensando sanzioni positive e negative in base al rispetto o violazione del contratto ad opera della controparte. Infine, esiste un *third-party control*, dove le sanzioni vengono irrogate da persone non coinvolte nell'interazione primaria. Le istituzioni appartenenti a questa terza tipologia di "controllori" sociali sono di tre tipi: 1) le forze sociali, vale a dire coloro che applicano le norme sociali, 2) le organizzazioni (associazioni, comitati, ecc.), 3) lo Stato (che applica le sanzioni giuridiche).

A seguire si riporta lo schema elaborato da Ellickson, raffigurante gli elementi caratterizzati un sistema di controllo sociale¹⁵⁷.

<i>Controller</i>		<i>Rules</i>	<i>Sanction</i>	<i>Combined system</i>
<i>1. First-party control</i>		<i>Personal ethics</i>	<i>Self-sanction</i>	<i>Self-control</i>
<i>2. Second-party control</i>		<i>Contracts</i>	<i>Personal self-help</i>	<i>Promisee-enforced contracts</i>
<i>3. Third-party control</i>	<i>Social forces</i>	<i>Norms</i>	<i>Vicarious self-help</i>	<i>Informal control</i>
	<i>Organization</i>	<i>Organization rules</i>	<i>Organization enforcement</i>	<i>Organization control</i>
	<i>Government</i>	<i>Law</i>	<i>State enforcement</i>	<i>Legal system</i>

9.3. Sanzioni interne: senso di colpa, vergogna e interiorizzazione

¹⁵⁶ Cfr. ELICKSON, *Order without Law*, cit., 126 ss.

¹⁵⁷ Si veda per maggiori approfondimenti: ELICKSON, *ibidem*, 131 ss.

Questa ipotesi è quella conseguente all'interiorizzazione di una norma sociale attraverso i processi di socializzazione¹⁵⁸. Si tratta di una tipologia di sanzione automatica o interna (*self-enforcement*), poiché nel momento in cui un individuo ha internalizzato una norma sociale, egli la rispetta a prescindere dalla probabilità che altri membri del gruppo osservino il suo comportamento e reagiscano a fronte dell'eventuale defezione. La violazione di una norma interiorizzata provoca nell'individuo un forte senso di colpa (*guilt*) o di vergogna (*shame*), risultando gravoso dal punto di vista psicologico.

Per quanto riguarda il senso di colpa (o rimorso – *guilt*), la sanzione si manifesta in ciò che il trasgressore sperimenta da un punto di vista psicologico: un'emozione negativa, di disarmonia e frustrazione, poiché è consapevole di avere violato una norma che aveva fatto propria e che tale comportamento infrange l'ordine morale, essendo contrario alla sua educazione, ai suoi principi e alle sue credenze¹⁵⁹.

Per quanto concerne il senso di vergogna (*shame*), Posner e Rasmusen spiegano in cosa consista, affermando che il trasgressore di una norma sociale si rende conto di avere compiuto un'azione che diminuisce la propria auto-considerazione e quella degli altri nei suoi confronti¹⁶⁰. Tale nozione rivela la natura ambigua dello *shame*, in quanto stato psicologico interno al soggetto ma altresì coinvolgente altri membri del gruppo sociale, e quindi derivante dall'interazione sociale.

In verità, bisogna fare attenzione a non confondere la vergogna con l'imbarazzo: quest'ultimo, infatti, si sperimenta esclusivamente in presenza degli altri, mentre la vergogna è un'emozione che si può provare da soli ed è il segnale della rottura di regole di condotta alle quali personalmente si aderisce. Il trasgressore, difatti, può provare vergogna anche se gli altri non hanno avvertito la violazione. Egli prospetta che cosa penserebbero gli altri se lo

¹⁵⁸ Cfr. *supra*, par. 6.1. per approfondimenti.

¹⁵⁹ R.A. POSNER, E.B. RASMUSEN, *Creating and Enforcing Norms, with Special Reference to Sanctions*, 19 INT. REV. LAW. ECON. 369, 371 (1999).

¹⁶⁰ V. POSNER, RASMUSEN, *ibidem*. "The violator feels that his action has lowered himself either in his own eyes or in the eyes of other people".

scoprissero nel violare la norma in questione e questo è sufficiente a fungere da deterrente¹⁶¹.

Senso di colpa e vergogna sono il prodotto, almeno in parte, dell'educazione dell'individuo, nonché degli insegnamenti e comportamenti assimilati nel corso della vita dai genitori, dagli insegnanti di scuola, dagli amici, dai modelli ai quali ognuno fa riferimento e dalle esperienze che si accumulano nell'ambiente in cui si vive.

In generale possiamo dire che più è basso il grado di interiorizzazione di una norma (e quindi il livello di *self-enforcement*), tanto maggiore sarà l'affidamento che si deve fare sulle sanzioni esterne come sistema di controllo sociale.

9.4. L'enforcement delle norme sociali: le sanzioni esterne

Una delle caratteristiche fondamentali delle norme sociali rimanda ad un importante ruolo delle persone, e cioè alla loro “capacità di renderle operanti attraverso l'approvazione e soprattutto il biasismo”¹⁶². In effetti, dal punto di vista funzionale, l'*enforcement* delle norme sociali è essenziale per la loro esistenza e – come afferma Ellickson – rappresentano la “principale prova della loro esistenza all'interno di una comunità”¹⁶³.

La nozione di *enforcement*, ai fini di questo lavoro, discende dal concetto di sanzione esterna: pertanto ne restano escluse le forme di *self-enforcing* descritte nel paragrafo 9.3, in quanto le norme interiorizzate non hanno bisogno di punizioni esterne per essere efficaci. Esse sono seguite anche nei casi in cui la loro violazione passerebbe inosservata e non esposta a sanzioni, poiché la vergogna o il senso di colpa sono delle punizioni interne sufficienti. In questa

¹⁶¹ V. POSNER, RASMUSEN, *ibidem*. “The violator may also feel ashamed, however, even if others do not discover the violation. He can imagine what they would think if they did discover it, a moral sentiment that can operate even if he knows they will never discover it”.

¹⁶² ELSTER, *Il cemento della società*, cit., 144.

¹⁶³ ELLICKSON, *Order without Law*, cit., 131. “The best evidence of a rule is a pattern of regular enforcement”.

sede, pertanto, si intende per *enforcement* l'applicazione di una sanzione informale a carico del trasgressore, da parte di un soggetto diverso da colui che ha violato la norma sociale.

Riportiamo a seguire, in breve, alcuni modelli elaborati dalla dottrina statunitense di *Law and Economics*.

Una prima distinzione che è possibile compiere è quella tra sanzioni informali di tipo non reputazionale e sanzioni informali di tipo reputazionale. Nel primo caso, la sanzione viene irrogata senza che vi sia la circolazione di informazioni nel gruppo di riferimento tali da poter andare ad incidere sulla reputazione del trasgressore. Può trattarsi di sanzioni che implicano l'uso della forza, le quali implicano un'azione nei confronti del patrimonio di colui che ha violato la norma sociale e che solitamente vengono adottate quando le sanzioni più blande non sono adatte alla specifica situazione. Ad esempio Ellickson osserva come nella contea di Shasta, in California, nelle relazioni tra i *ranchers* e gli allevatori di bestiame, sono diffuse sanzioni sociali – pur essendo l'*estrema ratio* – consistenti nella distruzione (*destruction*) o nel sequestro (*seizure*) del bestiame della persona deviante¹⁶⁴. Le sanzioni non reputazionali possono, altresì, non comportare l'uso della forza, ma determinare comunque una perdita d'utilità per il deviante. Si pensi ad esempio, nell'ambito della teoria dei giochi, al rifiuto di cooperare nel round successivo a quello in cui è avvenuta la defezione.

Le sanzioni di tipo reputazionale, viceversa, si fondano sulla diffusione di informazioni relative alla violazione di una norma sociale da parte di un membro della comunità. Eric Posner argomenta che l'attività di diffusione di informazioni riguardanti la violazione tra i membri del gruppo sociale prende il nome di *gossip*, il quale, di per sé, non reca un danno particolare al deviante. La vera punizione che incide nei confronti della reputazione è il c.d. *shaming*, cioè il rifiuto di interagire con l'individuo che ha violato la norma sociale, che nelle

¹⁶⁴ Cfr. ELLICKSON, *ibidem*, 214.

situazioni più gravi può determinare addirittura l'esclusione del membro deviante dal gruppo sociale di appartenenza (ostracismo)¹⁶⁵.

Altri autori, come Richard Posner e Rasmusen¹⁶⁶, hanno individuato una serie di categorie di sanzioni informali, che in parte corrispondono alla tassonomia elaborata da Ellickson e di cui si è fatto cenno *supra*. Escludendo le categorie denominate di *guilt* e *shame*, che corrispondono al *first-party control* elaborato da Ellickson e di cui non faremo menzione dato che se ne è già discusso, la categoria di nostro interesse è quella denominata “*multilateral costly sanctions*”, corrispondente al *third-party control*. In particolare, R. Posner¹⁶⁷ precisa come il trasgressore sia punito da più persone del proprio gruppo sociale attraverso degli atteggiamenti di derisione, disapprovazione e, nei casi più estremi, di ostracismo sociale¹⁶⁸.

Un'ultima elaborazione dottrinale che vale la pena analizzare, è quella proposta da Cooter. Egli individua tre categorie di comportamenti illeciti, collegati alle relative attività cui si riferiscono, ai quali vengono assegnate delle sanzioni informali ad esse connaturate (*inherent sanctions*) e sanzioni di tipo reputazionale (*reputational sanction*).

Le tre attività concettualmente elaborate da Cooter sono: *transact*, *relate* e *belong*¹⁶⁹. La tabella che segue permette di visualizzare in un colpo d'occhio tali distinzioni:

Attività	Sanzione connaturata	Sanzione reputazionale
----------	----------------------	------------------------

¹⁶⁵ Cfr. ELLICKSON, *ibidem*, 215; POSNER, *Law and Social Norms*, cit., 88 ss.; POSNER, RASMUSEN, *Creating and Enforcing Norms*, cit., 376.

¹⁶⁶ V. POSNER, RASMUSEN, *ibidem*, 372 ss.

¹⁶⁷ Cfr. R.A. POSNER, *Social Norms and the Law: An Economic Approach*, 87 AM. ECON. REV. 365, 366 (1997).

¹⁶⁸ Un esempio di questo tipo di sanzione è il c.d. *dirty look*, definita come “un'espressione di disapprovazione senza una pena tangibile ad essa collegata” (an expression of disapproval with no tangible penalty attached). Questo dimostra come le persone siano sensibili alle manifestazioni di biasimo, sia che queste giungano dai propri pari, sia da perfetti sconosciuti: il senso di disagio psicologico è parimenti gravoso, ma sarà viepiù importante laddove provenga da un individuo che stimiamo. Cfr. POSNER, RASMUSEN, *Creating and Enforcing Norms*, cit., 377.

¹⁶⁹ R. COOTER, *Normative Failure Theory of Law*, 82 CORNELL L. REV. 947, 968 (1997). I tre termini possono essere tradotti in via approssimativa in: negoziare (*transact*), relazionarsi (*relate*) ed appartenere (*belong*).

Negoziare (<i>transact</i>)	Boicottaggio (<i>boycott</i>)	Riprovaione/biasismo (<i>blame</i>)
Relazionarsi (<i>relate</i>)	Allontanamento/distacco (<i>detach</i>)	Condanna (<i>condemn</i>)
Appartenere (<i>belong</i>)	Esclusione; disprezzo (<i>exclude; disdain</i>)	Accusa (<i>denounce</i>)

a) *Transact*. Gli individui hanno spesso modo di negoziare tra loro, sia quando si scambiano dei beni a seguito di una compravendita, dei regali, oppure quando scambiano informazioni. In queste ipotesi, la sanzione per chi viola una norma sociale in materia di transazioni sarà il boicottaggio, in quanto azione antitetica alla collaborazione negoziale (v. prima riga della tabella, seconda colonna).

b) *Relate*. Le persone instaurano spesso relazioni e legami di tipo lavorativo, amichevole o affettivo. La differenza con le transazioni è che mentre quest'ultime possono verificarsi *una tantum*, le relazioni hanno una natura durevole nel tempo. In questi casi, la violazione di una norma sociale che orienta il comportamento nelle relazioni umane determinerà – come sanzione – l'allontanamento, inteso come distacco del soggetto con il quale si era instaurato un rapporto.

c) *Belong*. Spesso si fa parte di un gruppo, come una compagnia di amici, un circolo ricreativo, un'associazione, e così via. In questi casi le norme sociali controllano il comportamento all'interno del gruppo sociale, e la violazione di una di queste regole determinerà come sanzione l'esclusione dal gruppo. Cooter menziona il disprezzo come sanzione connaturata a questo tipo di illeciti, poiché rappresenta l'ipotesi in cui un membro del gruppo tenga un comportamento disdicevole in quanto contrario ai valori, interessi ed orientamenti della comunità.

Per quanto riguarda le sanzioni reputazionali, Cooter intende con questo termine quelle punizioni che vanno a minare la nomea di un soggetto, cioè la considerazione o la stima di cui questi gode all'interno del gruppo

sociale cui appartiene. Rappresentano un *surplus* che va a rafforzare l'efficacia delle sanzioni principali ed a sostituire quest'ultime laddove dovessero risultare fallaci. Tali sanzioni, in relazione alle tre attività di cui alla colonna 1 della tabella soprastante, vengono identificate in: *blame*, *condemn*, *denounce*, le quali si trasmettono attraverso il *gossip*, cioè quell'insieme di voci che circolano tra i vari membri del gruppo e che non fanno altro che rinforzare la punizione principale che ha subito il trasgressore o comunque incidere negativamente nei confronti della sua considerazione agli occhi degli altri.

9.5. L'interazione tra norme sociali e norme giuridiche

Gli studiosi di *Law and Economics* hanno inizialmente sottostimato il ruolo preminente delle norme sociali e delle sanzioni informali nel conformare il comportamento individuale, attribuendo al diritto formale, promanato dallo Stato, il monopolio nell'esercizio di un efficiente controllo sociale¹⁷⁰. Abbiamo visto come sia stato Ellickson il primo studioso di questa tradizione ad enfatizzare la capacità degli individui di trovare accordi reciprocamente vantaggiosi senza l'aiuto di un coordinatore centrale e quindi a livello decentralizzato ed informale¹⁷¹. La dimostrazione della preminenza delle norme sociali come regolatori sociali ci viene fornita da una serie di elementi: una prima prova sono le ricerche empiriche svolte dai sociologi e dagli psicologi comportamentali. L'apporto del sapere di altre scienze è fondamentale sotto questo punto di vista, poiché è attraverso numerose ricerche portate avanti da tali studiosi che è stato possibile affermare, attraverso un processo deduttivo, che in molti e vari contesti della vita sociale le persone guardano primariamente alle norme sociali, e non alla legge, quando si interrogano su che comportamento è più appropriato in presenza di determinate circostanze. Un

¹⁷⁰ Si vedano le critiche mosse nei confronti della tradizione di *legal centrism*, par. 3.3.

¹⁷¹ Cfr. ELLICKSON, *Order without Law*, *passim*. L'esistenza di norme sociali in grado di aumentare il benessere complessivo del gruppo è la condizione primaria per l'irrelevanza dello Stato nell'allocazione delle risorse.

secondo elemento a favore della prevalenza di un sistema di controllo informale della società ci è fornito dalla considerazione – compiuta ancora una volta dal pioniere in materia Robert Ellickson sulla base di esperimenti sul campo – che la maggior parte delle persone ignora la disciplina legislativa (informarsi e conoscere la regolamentazione formale attualmente vigente ha dei costi¹⁷²) e si affida per lo più alle norme sociali¹⁷³. In definitiva, ciò che si vuole dire è che, a quanto sembra, la maggior parte dei comportamenti che gli individui compie nella vita di tutti i giorni non è guidato dalle disposizioni dei codici, leggi e regolamenti statali, bensì dalle norme sociali.

Queste considerazioni sono molto importanti almeno per due ragioni: in primo luogo, perché ponendo l'accento sul ruolo preminente dell'*informal system of social control* si rivolge un serio avvertimento alla pretesa di onnipotenza ed indispensabilità dell'intervento pubblico; in secondo luogo, perché rappresentano un punto di partenza per capire in che modo norme sociali e legge interagiscano, e quindi per comprendere se il legislatore possa, in qualche maniera, sfruttare la potenza propulsiva delle norme sociali per modellare il comportamento delle persone in senso conforme al diritto formale.

In generale, possiamo affermare come il rapporto tra norme formali e norme informali (o giuridiche e sociali) può articolarsi in diversi modi, andando a tessere una complessa tela di incentivi che vanno ad influenzare il comportamento¹⁷⁴.

Innanzitutto, le norme sociali possono favorire l'osservanza della legge: nel momento in cui norme sociali e leggi coincidono in quanto a

¹⁷² Un problema rilevante è quello dell'effettiva conoscenza della legge. Documentarsi sul reale contenuto di una legge è difficoltoso, per i membri di un gruppo sociale, a causa del costo della ricerca giuridica e della limitata competenza specifica dei comuni cittadini. Dal punto di vista del giurista interessato al solo dato formale, questa situazione non crea molti problemi, posto che "*ignorantia legis non excusat*". Tuttavia, da un punto di vista economico, possono considerarsi leggi solo quelle che sono effettivamente conosciute e prese in considerazione dai membri della comunità al momento di decidere il proprio comportamento individuale. Le leggi che non sono conosciute dai cittadini di fatto non vanno ad incidere nei confronti della loro condotta e quindi non sono un valido strumenti di *social control*.

¹⁷³ Cfr. ELICKSON, *ibidem*, 141 ss.

¹⁷⁴ Cfr. MCADAMS, *The Origin, Development, and Regulation of Norms*, cit., 346 ss. e M.F. SCHULTZ, *Copynorms: Copyright Law and Social Norms*, in P.K. YU (ed), *Intellectual Property and Information Wealth: Issues and Practices in the Digital Age*, Westport, 2007, disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=933656>.

contenuto, rafforzandosi a vicenda, saranno maggiori le ipotesi di conformità, posto che, almeno in alcuni casi, il timore di incorrere in sanzioni informali è maggiore di quello di incorrere nelle sanzioni formali¹⁷⁵.

In secondo luogo, le norme sociali possono scoraggiare l'osservanza della legge: abbiamo visto dagli studi di Ellickson sulla responsabilità per il *cattle trespass* nella contea di Shasta, in California, in molti casi le persone nemmeno conoscano quale sia la legge vigente e finiscano per essere guidate nella loro condotta da una norma sociale. In questi casi le regole sociali possono addirittura sostituirsi alla legge, facendola passare in secondo piano.

In terzo luogo, la legge può influenzare o rafforzare il contenuto della norma sociale. I *new norm scholars* descrivono questo fenomeno come “*expressive function of law*”, riferendosi alla capacità degli enunciati legislativi di esprimere dei principi normativi e simbolizzare valori della società e quindi influire con il tessuto normativo sociale¹⁷⁶. Cooter, ad esempio, ha affermato che, nel momento in cui una legge ribadisce il contenuto di una norma sociale, questo induce i membri del gruppo a ritenere che vi sia un numero maggiore di persone che rispetteranno la norma stessa¹⁷⁷. In letteratura vengono avanzate diverse ipotesi per spiegare perché i membri di un gruppo sociale siano sensibili all'enunciazione di una norma di legge, anche se non è seguita da un *enforcement* pubblico¹⁷⁸. Una spiegazione convincente è quella fornita da Sunstein, che riconduce la funzione espressiva della legge ad uno sforzo di

¹⁷⁵ Si veda, ad esempio, T.R. TYLER, *Why People Obey the Law?*, New Heaven, 1990. Sembra strano affermare che le sanzioni sociali possano avere più presa nei confronti delle persone delle sanzioni giuridiche. Ma in realtà è proprio così: si pensi al dipendente che sistematicamente ruba nella propria azienda delle risme di carta per uso personale. È probabile che quella persona abbia più timore di incorrere nella reazione di disapprovazione dei suoi colleghi che dovessero scoprire il comportamento riprovevole, piuttosto che nella reazione della Giustizia che probabilmente nemmeno procederebbe per un reato bagatellare di tale entità. In effetti è più difficile sfuggire agli occhi (e alle critiche) dei propri colleghi piuttosto che a quelli di un Pubblico Ministero.

¹⁷⁶ MCADAMS, *The Origin, Development, and Regulation of Norms*, cit., 398: “of course, law alters behavior when the state threatens to enforce its rules, at least ultimately, by force. But law also expresses normative principles and symbolizes societal values, and these moralizing features may affect behavior”.

¹⁷⁷ COOTER, *Decentralized Law for a Complex Economy*, cit., 1688.

¹⁷⁸ V. MCADAMS, *The Origin, Development, and Regulation of Norms*, cit., 398-399.

cambiare il significato (*social meaning*¹⁷⁹) di un comportamento precedentemente disciplinato da norme sociali¹⁸⁰. La legge, per il solo fatto di essere resa nota all'interno del gruppo sociale attribuisce un determinato significato sociale alle diverse azioni. Ed in questo senso, è in grado di veicolare un *social meaning* che può andare ad interferire con quello veicolato dalle *social norms*.

In conclusione, norme sociali e leggi si influenzano a vicenda, andando a costituire due strumenti di controllo sociale che operano congiuntamente nel determinare il comportamento individuale. Un risultato apprezzabile si ottiene nel momento in cui leggi e norme sociali convergono sullo stesso punto, rinforzandosi a vicenda; più problematica l'ipotesi in cui disciplinano la stessa situazione, ma in maniera contrapposta: è soprattutto in questi casi che l'interazione diventa più interessante, ancorché complessa¹⁸¹.

¹⁷⁹ Cfr. *supra*, par. 8.1. per maggiori approfondimenti sulla teoria del *social meaning*, elaborata da alcuni esponenti della *New Chicago School*.

¹⁸⁰ SUNSTEIN, *Social Norms and Social Roles*, cit., 964.

¹⁸¹ MCADAMS, *The Origin, Development, and Regulation of Norms*, cit., 347.

CAPITOLO III

COPYNORMS: NORME SOCIALI E DIRITTO

D'AUTORE

1. Norme sociali e proprietà intellettuale

Come si è puntualmente rilevato nel capitolo precedente, le norme sociali sono state oggetto di ricerca soltanto a partire dagli anni Novanta del secolo scorso. I risultati, per lo più di tipo empirico, hanno dimostrato come il comportamento individuale sia molto spesso governato, più che dal diritto formale di emanazione statale, da una serie di regole informali, nascenti ed individuabili all'interno dei vari gruppi che compongono la società. Tali regole hanno un enorme potenziale in termini di controllo sociale e colpiscono al cuore la concezione di centralità della legge. Per questo motivo è fondamentale indagare e sviluppare le complesse dinamiche sussistenti tra norme sociali e norme statali, onde evitare di sottostimare le une o sovrastimare le altre.

Il ruolo delle norme sociali nella proprietà intellettuale è stato a lungo trascurato dalla dottrina giuridica. Tipicamente, quando si pensa alla tutela della proprietà intellettuale, si fa riferimento ad un insieme di diritti a carattere personale e patrimoniale¹⁸² aventi ad oggetto le varie forme di espressione della creatività e dell'ingegno umano. Il riconoscimento di una protezione giuridica avviene attraverso una serie di disposizioni normative contenute all'interno di leggi e codici, raggruppabili in tre macro categorie di tutela: il diritto d'autore (*copyright*), avente ad oggetto le opere dell'ingegno creativo (opere letterarie,

¹⁸² I diritti a carattere personale mirano a tutelare la personalità dell'autore dell'opera, dell'inventore della soluzione tecnica o del marchio. I diritti di carattere patrimoniale, invece, sono collegati allo sfruttamento economico del risultato dello sforzo creativo. I primi sono personali ed inalienabili, mentre i secondi sono trasmissibili a terzi.

spettacoli teatrali, film, quadri, ecc.), il diritto dei brevetti (*patent*), relativo alle innovazioni tecniche e di *design*, ed infine il diritto dei marchi di fabbrica (*trademarks*), riguardante i segni distintivi quali il marchio, la ditta, l'insegna, ecc¹⁸³.

La teoria economica, per giustificare l'esistenza di questo sistema di diritti, adduce un'esigenza di tipo utilitaristico: la protezione della proprietà intellettuale è necessaria per incentivare autori, inventori ed artisti ad investire nel processo di creazione. In effetti, questa prospettiva di tipo economico sembra avere delle fondamenta piuttosto robuste. Indubbiamente invenzioni e creazioni intellettuali richiedono un investimento, spesso ingente, di risorse in termini di tempo e denaro. In un'economia di mercato, se autori ed inventori di opere creative non fossero tutelati e fosse consentito a chiunque di appropriarsi liberamente del frutto del loro lavoro senza conseguenze di natura legale, verrebbe meno ogni incentivo alla produzione di beni creativi.

Difatti, come ha sostenuto autorevole dottrina, “*copying stifles innovation*”¹⁸⁴, la copia soffoca l'innovazione. Tale esigenza di incoraggiamento all'innovazione viene perseguita dal legislatore mediante la creazione di un monopolio sui frutti della creatività limitato temporalmente ed in ampiezza, andando in questo senso a costituire un meccanismo economicamente efficiente, in quanto volto a bilanciare i benefici sociali derivanti dall'incentivo alla produzione intellettuale con i costi sociali derivanti dalle limitazioni poste alla diffusione della conoscenza¹⁸⁵.

¹⁸³ Questo sistema di tutela trova fondamento nel diritto formale, di emanazione statale, il quale specifica tutte le prerogative riconducibili agli autori ed inventori, le procedure da seguire per ottenere tutela in caso di violazione e così via.

¹⁸⁴ V. K. RAUSTIALA, C. SPRIGMAN, *The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design*, 92 VA. L. REV. 1687, 1688 (2006), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=878401>

¹⁸⁵ Le ragioni di tipo economico che sono sottese al concetto di proprietà intellettuale e alle sue forme di tutela meriterebbero un'analisi molto più approfondita che, tuttavia, in questa sede non è possibile compiere. Per un'analisi economica dei beni pubblici, dei fallimenti di mercato, dell'economia dell'informazione e della proprietà intellettuale si veda COOTER, MATTEI, MONATERI, PARDOLESI, ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile, I. Fondamenti*, cit., 119 ss e soprattutto, nel tomo II. *Applicazioni*, 16 ss. Cfr. altresì R.P. MERGES et al., *Intellectual Property in the New Technological Age*, New York, 2003, 10-16 e R. CASO, *Relazione introduttiva. Forme di controllo delle informazioni digitali: il Digital Rights Management*, in R. CASO (a cura di), *Digital Rights Management: problemi teorici e prospettive applicative: atti del Convegno tenuto presso*

Le leggi sulla proprietà intellettuale, tuttavia, non esauriscono il fenomeno normativo all'interno della società. Tornando all'analisi delle norme sociali in materia di proprietà intellettuale, occorre a questo punto chiedersi quale sia il ruolo che tali norme di natura informale svolgono in questo specifico settore.

Nei prossimi paragrafi saranno analizzati alcuni studi compiuti da ricercatori statunitensi che negli ultimi anni hanno rivolto l'attenzione nei confronti delle dinamiche d'interazione tra norme sociali e diritti di proprietà intellettuale, allo scopo dichiarato di capire se anche in tali ambiti, così come già dimostrato altrove dagli esponenti del movimento dottrinale *Law and Social Norms*, le regole proprie delle singole comunità sociali costituiscano un importante, se non esclusivo, strumento di controllo del comportamento individuale.

1.1. Brevetti per invenzioni e norme della comunità scientifica

A partire dalla fine degli anni Novanta del secolo scorso, alcuni studiosi si sono chiesti quale fosse l'impatto della normativa in materia di brevetti per invenzioni sulla comunità scientifica nel settore biologico-molecolare e, in particolare, sulle norme in essa operanti¹⁸⁶.

Arti K. Rai, in particolare, prendendo le mosse dal lavoro pionieristico di Rebecca Eisenberg¹⁸⁷, illustra un ritratto di tale comunità scientifica così come si presentava fino al 1980. A quei tempi, la ricerca era governata da una serie di norme sociali largamente condivise. Tali norme scoraggiavano l'acclamazione di diritti di proprietà sulle invenzioni e scoperte scientifiche,

la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 21 ed il 22 marzo 2007, Trento, 2008, 19 ss., disponibile all'URL: <http://eprints.biblio.unitn.it>.

¹⁸⁶ Cfr. R. EISENBERG, *Proprietary Rights and the Norms of Science in Biotechnology Research*, 97 YALE LAW J. 177 (1987), A.K., RAI, *Regulating Scientific Research: Intellectual Property Rights and the Norms of Science*, 94 NW. U. L. REV. 77 (1999) e F.S. KIEFF, *Facilitating Scientific Research: Intellectual Property Rights and the Norms of Science - A Response to Rai and Eisenberg*, 95 NW. U. L. REV. 691 (2000), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=240955>.

¹⁸⁷ EISENBERG, *Proprietary Rights and the Norms of Science in Biotechnology Research*, cit., 177 ss.

promuovendo, al contrario, la condivisione dei risultati della ricerca¹⁸⁸. Di primaria e centrale importanza era sicuramente la norma del “comunismo” (*communism* o *communalism*), per la quale nell’ambito scientifico i risultati della ricerca dovrebbero essere condivisi e liberamente accessibili, riservando al ricercatore un diritto morale di paternità della scoperta o dell’invenzione, il quale si traduce in una manifestazione di stima e riconoscimento da parte della comunità stessa nei suoi confronti. Questa regola individuabile all’interno della comunità scientifica è sicuramente riconducibile, da un punto di vista concettuale, all’aforisma newtoniano “se ho visto più lontano è perché stavo sulle spalle di giganti”: la conoscenza attuale pone le basi su quella passata e ne costituisce le fondamenta per quella futura. Possiamo migliorare ed elevare i risultati della ricerca scientifica grazie anche alla possibilità di attingere da quell’eredità culturale lasciata da coloro che ci hanno preceduto¹⁸⁹.

Un’altra importante norma riguarda l’invenzione: i membri della comunità scientifica attribuiscono il più alto livello di prestigio e riconoscimento a chi apporti contributi originali al comune bagaglio di conoscenza. Questa regola, evidentemente, determina un elevato livello di competitività tra gli scienziati: maggiore sarà la scoperta, maggiore il prestigio¹⁹⁰.

Eisenberg afferma che il fattore che ha maggiormente inciso nei confronti di questo assetto normativo è stato il cambiamento della legislazione in materia di proprietà intellettuale. Intorno alla fine degli anni Settanta del secolo scorso, il Congresso degli Stati Uniti ritenne che l’obiettivo perseguito dalle norme sociali sulla ricerca scientifica – promuovere la conoscenza e

¹⁸⁸ V. RAI, *Regulating Scientific Research*, cit., 16.

¹⁸⁹ Questa frase è tradizionalmente ricondotta alle parole di Isaac Newton, ma in realtà è stata coniata nell’età di Mezzo dal filosofo francese Bernardo di Chartres e riportata da Giovanni di Salisbury nel suo *Metalogicon*: “La nostra età fruisce del beneficio delle precedenti, e spesso conosce molte cose non per esservi giunta con il proprio ingegno, ma illuminando con forze altrui anche le grandi opere dei padri. Diceva Bernardo di Chartres che noi siamo come nani che siedono sulle braccia di giganti, così che possiamo vedere molte cose anche molto più in là di loro, non come per acutezza della propria vista o perché più alti di corporatura, ma perché siamo sollevati e innalzati da gigantesca grandezza”. Cfr. I. SARESBERIENSIS, *Metalogicon*, Turnhout, 1991.

¹⁹⁰ Peraltro queste norme sociali sono in molti aspetti simili a quelle che caratterizzano le istituzioni accademiche in generale.

rendere di pubblico dominio i risultati della ricerca – fosse inefficiente ed incompatibile con lo scopo di sviluppare prodotti suscettibili di applicazioni commerciali¹⁹¹.

In effetti, l'assetto normativo della comunità scientifica potrebbe determinare una difficoltà per le imprese in termini di investimento per sostenere specifici progetti di ricerca scientifica, nel momento in cui i risultati di tali ricerche non sono segreti, ma sono resi accessibili a chiunque. Evidentemente l'interesse dell'impresa è di ricavare un profitto, assicurandosi un monopolio attraverso la richiesta e l'ottenimento di un brevetto¹⁹². Sulla base di queste considerazioni, nel 1980 il Congresso promulgò il Bayh-Dole Act¹⁹³, il quale attribuì alle università il diritto di richiedere ed ottenere a proprio nome un brevetto per invenzione e quindi di avere un controllo esclusivo sulle scoperte ed invenzioni che fossero il risultato di ricerche scientifiche finanziate dal Governo.

Questa espansione nei confronti dei diritti proprietari ebbe una forte eco nella comunità scientifica. Fu criticata come un'indebita intrusione che non avrebbe fatto altro che limitare l'accesso a determinate conoscenze della ricerca scientifica di base. La norma sociale sul comunitarismo ne uscì fortemente indebolita, tant'è che il numero di brevetti concessi annualmente alle università annualmente passò dai 250 ante-1980 ai quasi 2700 del 1992. Il cambiamento legale innescò una serie di comportamenti egoistici nella comunità scientifica ed una progressiva erosione dei valori in essa condivisi, venendo questi rimpiazzati da interessi di tipo proprietario.

In definitiva, scorrendo le conclusioni della professoressa Eisenberg, parrebbe che una modifica a livello di diritto formale abbia potuto modificare

¹⁹¹ House Report 96-1307 (1980).

¹⁹² In altri termini, i diritti di proprietà intellettuale sembrano essere qui invocati non già nella veste classica di incentivo alla creatività ed inventività, bensì come incentivo per le società a scopo di lucro, affinché queste siano spinte a finanziare quelle ricerche che potrebbero portare, anche in un secondo momento, alla genesi di un prodotto creativo introducibile sul mercato e con il relativo tornaconto economico. V. RAI, *Regulating Scientific Research*, cit., 103.

¹⁹³ Public Law 96-517, disponibile all'URL: <http://history.nih.gov/research/downloads/PL96-517.pdf>. L'obiettivo dichiarato del legislatore era di emendare il sistema dei brevetti per invenzione allo scopo di promuovere l'utilizzazione delle invenzioni nascenti dall'attività di ricerca e sviluppo.

ed erodere alla radice le principali norme sociali della comunità scientifica in materia di ricerca di base¹⁹⁴. Rai suggerisce la creazione ed implementazione di nuove leggi e norme prescrittive, per evitare i problemi che inevitabilmente l'incremento della brevettabilità determinerebbe nei confronti della ricerca nel settore biologico molecolare¹⁹⁵.

1.2. Ricette gastronomiche

Più recentemente, diversi studiosi hanno analizzato una serie di comunità nelle quali i beni creativi prodotti non rientrano nell'alveo della tutela legale oppure dove la protezione non appare adeguata alle esigenze del gruppo sociale. Si tratta di ipotesi in cui la proprietà intellettuale viene regolata attraverso le norme informali proprie della comunità di riferimento. La letteratura giuridica che è sorta da questi studi consente di gettare nuova luce sul rapporto intercorrente tra il diritto formale e le norme sociali, sia nel senso di dimostrare come in queste comunità vi sia un incessante lavoro creativo ed innovativo anche in assenza di una protezione legale, contrariamente a quanto postula il paradigma dell'incentivo economico/utilitaristico, ma soprattutto nel senso di illuminare il modo in cui le comunità possano erigere un sistema di tutela dei lavori creativi al di fuori e a prescindere dall'esistenza di un sistema giudiziale di origine statale.

Emmanuel Fauchart ed Eric von Hippel si sono occupati del ruolo delle norme sociali nella protezione delle ricette gastronomiche, documentando l'esistenza di un vero e proprio sistema di protezione della proprietà

¹⁹⁴ Poiché lo scopo di questo paragrafo è di illustrare a sommi capi quanto esplorato dalla dottrina giuridica formatasi nel tempo in tema di norme sociali e proprietà intellettuale – brevetti per invenzione in questo caso – pertanto non si è nella sede opportuna per compiere ulteriori approfondimenti, per i quali si rimanda a RAI, *Regulating Scientific Research*, cit., 152 ss.

¹⁹⁵ Il dibattito su questo punto è acceso, e non tutti condividono la posizione di Rai: su tutti vale la pena menzionare almeno F. Scott Kieff, che ne critica diversi aspetti e difende l'assetto normativo determinato dalla legislazione del 1980, considerando i brevetti non già come una minaccia per il progredire della scienza, bensì come un valore aggiunto per la ricerca scientifica di base. Cfr. KIEFF, *Facilitating Scientific Research*, cit., 691 ss.

intellettuale (*norm-based IP system*) che trova origine esclusivamente nelle norme informali condivise dai più qualificati *chef* di cucina francesi¹⁹⁶. Tramite una serie di interviste e ricerche sul campo, condotte direttamente dai due autori, è stato possibile riscontrare l'esistenza di almeno tre norme sociali condivise da tutti gli *chef*.

La prima di queste regole non codificate (e che qui si cerca, per quanto possibile, di verbalizzare) è quella per cui uno *chef* non deve mai copiare la ricetta gastronomica altrui. Questa regola è molto radicata ed importante, in quanto svolge una funzione paragonabile a quella di un brevetto, cioè attribuire allo *chef* autore di una ricetta il diritto di escludere gli altri da ogni esecuzione della stessa che non sia esplicitamente autorizzata.

In secondo luogo, se uno *chef* rivela ad un suo collega una sua ricetta o delle tecniche di cucina, quest'ultimo non deve mai comunicare tali informazioni ad altri senza autorizzazione. Attraverso questa norma lo *chef* può selettivamente scegliere a chi rivelare i propri segreti, un po' come accade con la disciplina in materia di segreti industriali.

Infine, una terza norma è quella per cui ogni *chef* deve sempre attribuire la paternità alle ricette che esegue. Per i professionisti ciò è di fondamentale importanza – anche ai fini dell'avanzamento di carriera e del prestigio – essere riconosciuti come gli autori delle ricette di *haute cuisine* che hanno creato ed elaborato, e tale sistema di norme mira al raggiungimento di tale finalità.

L'esistenza di un sistema di protezione basato esclusivamente su norme implicite è anche conseguenza della scarsa, se non totale, inapplicabilità della legislazione in materia di proprietà intellettuale. Le ricette di cucina e le tecniche culinarie difficilmente raggiungono quel grado di innovazione necessario per richiedere un brevetto per invenzione, così come il contenuto di tali ricette non è qualificabile come opera creativa alla stregua delle leggi sul diritto d'autore. Va precisato, peraltro, che anche laddove esistano gli strumenti legali per far valere i propri diritti in sede giudiziale, ciononostante gli *chef*

¹⁹⁶ E. FAUCHART, E.VON HIPPEL, *Norms-based intellectual property systems: the case of French chefs*, MIT Sloan Research Paper No. 4576-06 (2006), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=881781>.

seguono raramente quella via, lamentando come la difficoltà di giungere in tempi brevi ad una decisione, congiuntamente all'eccessivo costo delle azioni giudiziarie, rendano il tutto poco fattibile¹⁹⁷.

A ben vedere, questo sistema di protezione della proprietà intellettuale basato su norme sociali presenta diverse similitudini il sistema che ha origine nel diritto formale: il fine è il medesimo, ma i mezzi sono differenti. Da ultimo va affrontato il versante sanzionatorio, cioè le reazioni della comunità di chef alle trasgressioni delle tre basilari norme citate poc'anzi. Si tratta per lo più di sanzioni di tipo reputazionale di grande efficacia, posto che nella comunità degli *chef* di alto rango la stima e il prestigio contano più di tutto il resto. *Gossip* negativo (cioè diffusione di informazioni riguardanti la violazione tra i membri del gruppo), *shaming* (cioè il rifiuto di interagire con l'individuo che ha violato la norma sociale) e nei casi più gravi addirittura l'esclusione dal gruppo del membro deviante: sono queste le conseguenze a cui rischia di andare incontro lo *chef* colpevole di inosservanza normativa¹⁹⁸.

¹⁹⁷ FAUCHART, VON HIPPEL, *Norms-based intellectual property systems*, cit., 14. In realtà questa non è l'unica ragione per la quale gli *chef* preferiscono adottare un sistema basato su norme sociali. In un altro lavoro sempre sul tema della protezione delle ricette gastronomiche, Christopher J. Buccafusco articola il proprio discorso cercando di dimostrare come, contrariamente a quanto potrebbe sembrare da un'analisi superficiale, non vi sia alcuna ragione per non ricomprendere le ricette gastronomiche nell'novero dei beni intellettuali suscettibili di protezione legale tramite diritti d'autore (*copyrightability of dishes*). Dopo aver analizzato le finalità della normativa in materia di *copyright* ed averle analizzate una per una, l'autore giunge ad una chiara conclusione: le ricette gastronomiche non sono coperte da *copyright* non già perché questo sia giuridicamente impossibile, ma perché la comunità degli *chef* è intrisa da una cultura di condivisione ed ospitalità che difficilmente si concilia con l'esclusività del diritto d'autore. E non è tutto, poiché la motivazione primaria, che rende *de facto* inappropriata ed inutile la tutelabilità legale delle ricette di cucina, è l'esistenza di quelle norme sociali sull'attribuzione di paternità e contro il plagio, norme viventi ed operative molto più efficaci del diritto formale. Per approfondimenti si veda C.J. BUCCAFUSCO, *On the Legal Consequences of Sauces: Should Thomas Keller's Recipes Be Per Se Copyrightable?*, 24 CARDOZO ARTS & ENT. L. J. 1121 (2007).

¹⁹⁸ Questo elenco di sanzioni riscontrate tramite ricerca sul campo è molto interessante, poiché consente di falsificare quanto sostenuto da Eric Posner su questo tema. Cfr. cap. II, par. 9.4.

1.3. Segreti di maghi e prestigiatori

Altri studiosi hanno investigato altre ipotesi del c.d. *IP's negative space*¹⁹⁹, intendendosi con questo termine quelle aree e settori dove si svolgono attività creative ed inventive che non sono raggiunte – oppure lo sono, ma in maniera inadeguata – dalla normativa in materia di brevetti, diritto d'autore e marchi. In tali settori le subculture o professioni creano un sistema di tutela dei beni creativi basato su norme sociali il quale, a seconda dei casi, rappresenta il mezzo esclusivo o complementare di tutela della proprietà intellettuale.

Jacob Loshin, ad esempio, ha rivolto la sua attenzione nei confronti di maghi e prestigiatori professionisti ed amatoriali, ricavando²⁰⁰ come costoro proteggono illusioni e magie attraverso una serie di regole e sanzioni informali, sviluppate dalla comunità stessa ed operanti là dove la legge non dispone.

Nel mondo della magia e della prestidigitazione il bene creativo da tutelare è l'illusione e le minacce da scongiurare sono fondamentalmente due: la copia del segreto che sta dietro all'illusione, ma soprattutto la rivelazione di tali segreti al pubblico. A questi due elementi deve aggiungersi una particolarità: l'illusione e il segreto magico sono dei beni pubblici *sui generis*, poiché non possiedono quella caratteristica di non rivalità che accompagna di norma ogni bene immateriale. In altre parole, la rivelazione al pubblico del segreto che sta dietro all'illusione distrugge completamente il valore dell'informazione stessa²⁰¹. Trucchi ed illusioni non sono oggetto di *copyright*, mentre la brevettabilità sarebbe astrattamente possibile, ma concretamente inadeguata. In effetti richiedere un brevetto comporterebbe la completa e dettagliata rivelazione dell'illusione.

¹⁹⁹ V. RAUSTIALA, SPRIGMAN, *The Piracy Paradox*, cit., 1764 e E. ROSENBLATT, *A Theory of IP's Negative Space*, 34 COLUM.-VLA J. L. & ARTS 317, 322 (2011), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=1662661>.

²⁰⁰ J. LOSHIN, *Secrets Revealed: How Magicians Protect Intellectual Property Without Law*, in C.A. CORCOS, *Law and Magic: A Collection of Essays*, Durham, 2010, disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=1005564>.

²⁰¹ Cfr. LOSHIN, *ibidem*, 18.

A fronte della scarsa protezione offerta dalla legislazione alla comunità di maghi e prestigiatori²⁰², quest'ultimi si sono adoperati per ideare un modello normativo plasmato sulle loro esigenze e sviluppato in maniera informale e decentrata. Il dato più interessante, tuttavia, è quello per cui l'assenza di protezione legislativa non ha fermato l'innovazione e lo sviluppo dei trucchi magici, a discapito di quanto statuito dai classici paradigmi economici che giustificano il sistema tutela della proprietà intellettuale in termini di incentivo alla produzione creativa.

Loshin ha individuato una serie di norme e sanzioni sociali, vigenti tra i membri della comunità di prestigiatori, che meritano di essere illustrate.

Una prima categoria di norme ha lo scopo di attribuire la paternità delle invenzioni ed innovazioni ai loro rispettivi autori. Un secondo gruppo di norme sociali, invece, si occupa di stabilire il modo in cui una nuova idea può essere utilizzata una volta che questa viene diffusa tra i membri del gruppo. Ad esempio, se un metodo segreto o una rappresentazione drammatica non sono state oggetto di larga diffusione, pubblicazione o vendita, nessuno le può utilizzare nei propri spettacoli. Viceversa, un'ampia diffusione o pubblicazione ne autorizza la libera utilizzazione. Infine, in aggiunta alle regole informali appena menzionate, ve n'è un'altra che si pone come una sorta di regola aurea: mai rivelare un segreto ad un non-illusionista. Quest'ultima norma fa capire come il mantenimento della segretezza delle illusioni sia di primaria importanza all'interno della comunità, in quanto smascherare un trucco danneggia l'intera categoria e ne indebolisce la forza²⁰³.

Tali norme sociali sono accompagnate da una serie di sanzioni sociali, predisposte allo scopo di preservarne l'osservanza. Le principali sanzioni riguardano i casi della violazione delle norme sull'attribuzione e sull'utilizzo delle illusioni, che comportano principalmente una perdita di stima e rispetto da parte dei membri della comunità, mentre colui che svela i segreti illusori è punito con l'estromissione dalla comunità stessa.

²⁰² LOSHIN, *ibidem*, 25.

²⁰³ LOSHIN, *ibidem*, 30.

1.4. Le battute dei comici stand-up

Un altro settore che è stato oggetto di studio da parte della dottrina statunitense è quello della commedia *stand-up*²⁰⁴. Dotan Oliar e Christopher Sprigman hanno cercato di capire in che modo i comici proteggano il loro bene intellettuale più prezioso: le battute umoristiche²⁰⁵. Il quesito è sorto sulla base di un'indagine nel mondo dei comici *stand-up*, un ambiente difficile, dove si passa gran parte del tempo libero ad elaborare monologhi e battute sempre nuove, in attesa del prossimo spettacolo, dove andranno confluire.

Ovviamente il maggior timore per lo *show-man* – eccezion fatta per quello di non far ridere il pubblico – è quello che altri suoi colleghi, magari presenti in platea, possano “appropriarsi” del suo lavoro, riproponendo quelle stesse battute, o derivazioni di esse, in altri spettacoli. Oliar e Sprigman hanno dimostrato come nelle commedie *stand-up* la legislazione in materia di *copyright* rivesta un ruolo tutt'altro che rilevante²⁰⁶. A ben vedere, peraltro, scherzi e *routines* comiche potrebbero astrattamente beneficiare della tutela legale, in qualità di opere letterarie. Nella pratica, tuttavia, questo non accade, poiché in questo settore le controversie giudiziali in materia di violazione del diritto d'autore sono pressoché inesistenti²⁰⁷. Tra le varie motivazioni, gli autori menzionano l'elevato costo delle controversie e le scarse probabilità di vittoria, ma soprattutto il fatto che semplicemente quello “non è il modo di fare tra comici”²⁰⁸. Sulla base di queste premesse, cosa spinge i comici a continuare ad elaborare nuovi spettacoli e battute, nella consapevolezza che queste non

²⁰⁴ La *Stand-up comedy* è uno spettacolo d'umorismo interpretato da un solo comico, il quale si presenta solitamente da solo ed in piedi (da qui il termine *stand up*). In qualche modo si potrebbe paragonare ai monologhi dei comici nostrani. Cfr. la voce di Wikipedia, disponibile all'URL: http://en.wikipedia.org/wiki/Stand-up_comedy.

²⁰⁵ Cfr. D. OLIAR, C. SPRIGMAN, *There's No Free Laugh (Anymore): The Emergence of Intellectual Property Norms and the Transformation of Stand-Up Comedy*, 94 VA. L. REV. 1787 (2008), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=1138376>.

²⁰⁶ Gli autori citano alcuni casi in cui la normativa in materia di marchi potrebbe fornire una tutela, seppur marginale, mentre precisano come sia esclusa ogni possibilità di rivolgersi alla tutela brevettuale, poiché le battute ironiche non rientrano nel loro oggetto di protezione. Cfr. Oliar, C. Sprigman, *ibidem*, cit., 1805 e 1808.

²⁰⁷ V. OLIAR, SPRIGMAN, *ibidem*, cit., 1798.

²⁰⁸ V. OLIAR, SPRIGMAN, *ibidem*, cit., 1801: “lawsuits are just not the way it's done among comics”.

potranno beneficiare di tutela legale? Gli autori trovano una risposta nell'esistenza, parallela al sistema legale, di un radicato sistema di norme sociali a protezione della proprietà intellettuale dei comici *stand-up*.

In questa sede ci si limita a riportare soltanto la più importante di queste regole informali. Si tratta della norma che vieta di appropriarsi delle battute altrui. Questa forma di plagio è considerata un vero e proprio *taboo* nell'ambiente delle commedie *stand-up*, evidentemente per gli innumerevoli sforzi, di cui si è parlato all'inizio del paragrafo, necessari ai comici per inventare nuovi spettacoli. L'*enforcement* di questa regola avviene mediante una forma di *shaming* rappresentata da un vero e proprio attacco alla reputazione del comico trasgressore. Il comico che ha rilevato un "furto" di battute, rende nota durante i suoi spettacoli l'attività scorretta del suo collega, andando così ad influire negativamente sul suo prestigio e reputazione, sia nei confronti del pubblico, sia nei confronti dei suoi pari.

Varie ed articolate sono poi le altre norme che tutelano la proprietà intellettuale dei comici *stand-up* e riguardano la paternità della sequenza di battute pronunciate negli *show*, il trasferimento delle stesse, i limiti a tali disposizioni (una sorta di disciplina del *fair-use*) e così via²⁰⁹.

1.5. Design dei capi di moda: the Piracy Paradox

A differenza dei casi riportati poc'anzi, vi sono poi ipotesi in cui la creatività si sviluppa al di fuori di qualsivoglia sistema di protezione della proprietà intellettuale, sia di tipo legislativo-formale, sia di tipo normativo-sociale.

Kal Raustiala e Christopher Sprigman hanno analizzato l'industria della moda, una delle più fiorenti sia in termini di innovatività che di fatturato, riscontrando l'esistenza di un vero e proprio paradosso²¹⁰. In questo settore,

²⁰⁹ Vedi le numerose ipotesi descritte in dettaglio in OLIAR, SPRIGMAN, *ibidem*, cit., 1825-31.

²¹⁰ Cfr. RAUSTIALA, SPRIGMAN, *The Piracy Paradox*, cit., 1687 ss.

invero, la protezione fornita dalla normativa sulla proprietà intellettuale è minimale e il plagio dei capi di moda è molto diffuso. Ciononostante – a dispetto di tutte le previsioni economiche – la produzione di capi d’abbigliamento, la competizione e gli investimenti avvengono con ritmi sempre incalzanti. Ciò che è sorprendente è il fatto che grandi firme dell’alta moda (Gucci, Prada, Dolce e Gabbana, ecc.) prendano significanti e costose misure volte alla protezione dei propri marchi, mentre sembrano essere per lo più quiescenti nei confronti dell’appropriazione da parte dei *competitors* del *design* relativo al capo di moda da essi messo in produzione²¹¹.

Gli studiosi poc’anzi menzionati hanno chiamato questo fenomeno “*the Piracy Paradox*”. Il plagio nel settore della moda e l’assenza di una protezione della proprietà intellettuale non fungono da deterrente nei confronti del processo di innovazione, poiché in realtà non è così dannoso per gli stilisti e le rispettive case di moda. Il paradosso sta in questo: copiare il *design* di un capo altrui o parte di esso funge da motore creativo dell’industria della moda, ne scandisce le dinamiche in termini di cicli d’innovazione e per queste ragioni non c’è motivo di cambiare questo stato di cose richiedendo una protezione legale della proprietà intellettuale più aggressiva.

In Europa, almeno da un punto di vista legislativo, la situazione è differente. Invero, ancorché l’Unione Europea tuteli il *design* dei capi di moda in maniera molto più marcata, le case di moda, che nella maggior parte dei casi

²¹¹ L’industria della moda opera in una sfera all’interno della quale le tre classiche forme di protezione legale della proprietà intellettuale trovano scarsa applicazione. Per quanto riguarda il *copyright*, va detto che la mancanza di protezione deriva dal fatto che l’abbigliamento e gli accessori fanno parte di quella categoria di oggetti “composti”, dove l’espressione della creatività non è separabile dall’aspetto funzionalistico: un’illustrazione del capo d’abbigliamento può essere protetta dal diritto d’autore, lo stesso non si può dire per la corrispondente versione “tessile”. Per quanto riguarda il *trademark*, si tratta di una protezione legale di cui le case di moda fanno largo uso, e tale tutela è in effetti efficace per evitare la copia di quei capi dove la *griffe* è parte del *design* (vedi il logo Louis Vuitton), mentre in tutti gli altri casi la tutela del marchio non impedisce ad altri di copiare semplicemente il *design* aggiungendo il proprio marchio. Infine, il brevetto, astrattamente richiedibile, è poco utilizzato, per due motivi. In primo luogo, perché nel mondo della moda (e non solo) la conoscenza è spesso cumulativa: difficilmente in un capo d’abbigliamento è possibile riscontrare quell’elemento di novità ed originalità che costituisce *condicio sine qua non* per il rilascio di un brevetto. In secondo luogo, poiché il processo di rilascio è lungo e costoso: due caratteristiche che poco si conciliano con la velocità con la quale un abito o delle scarpe sono utilizzati prima di essere considerati *démodé*.

hanno sedi sia negli Stati Uniti che in Europa, mantengono lo stesso atteggiamento di bassa propensione a tutelare legislativamente i propri diritti di proprietà intellettuale. Questa constatazione porta ad alcune considerazioni.

In primo luogo, nel mondo della moda le aziende agiscono indipendentemente e a prescindere da quale sia il contesto legislativo di protezione della proprietà intellettuale nel quale sono immerse: sia che si tratta di un contesto di bassa protezione legale del tipo nordamericano (*low-IP equilibrium*), sia che si tratti di un contesto di alta protezione legale del tipo europeo (*high-IP equilibrium*), questo non determina sostanziali mutamenti nei confronti del processo innovativo e creativo del mondo della moda. In altre parole, la produzione di nuovi capi dal *design* di tendenza non è in alcun modo influenzata dalla possibilità di tutelarsi contro la copia di quel *design* da parte delle aziende concorrenti sul medesimo mercato.

In secondo luogo, l'esperienza europea dimostra che ad un eventuale cambiamento della legislazione statunitense nel senso di una maggiore protezione della proprietà intellettuale, non seguirebbe un sostanziale effetto nei confronti del comportamento delle imprese del settore²¹².

2. Le *copynorms*: norme sociali e diritto d'autore

Nel paragrafo precedente sono state analizzate una serie di ipotesi di interazione tra il sistema formale di protezione della proprietà intellettuale e quello che trova fondamento nelle norme informali proprie di alcune comunità professionali. Ne è emerso un quadro abbastanza complesso, nel quale peraltro, trova rinnovata conferma la capacità delle norme sociali di rivestire un ruolo fondamentale nel determinare il comportamento individuale. Si è visto come le norme sociali possono andare a formare un vero e proprio sistema normativo che funge, alternativamente, da unica modalità di protezione delle

²¹² Rimane aperto un interessante interrogativo, che tuttavia non può trovare risposta in questo lavoro: vi sono forse altri settori industriali dove il motore creativo funzionerebbe anche in assenza di un sistema di protezione legale della proprietà intellettuale stringente?

informazioni, nel caso in cui non esista alcuna protezione fornita dalla legge sulla proprietà intellettuale, oppure da elemento di moderazione o contrasto del controllo esclusivo derivante dalle leggi sulla proprietà intellettuale.

Uno sviluppo ulteriore nell'ambito di questo filone di ricerca, riguardante la proprietà intellettuale e il rapporto con le norme sociali²¹³, concerne l'interazione tra quest'ultime e il diritto d'autore²¹⁴. Tra di esse ricoprono una posizione di spicco le c.d. *copynorms*²¹⁵, cioè quelle regole informali che stabiliscono quali siano i comportamenti accettabili e quelli non tollerati (i c.d. *copybehaviors*²¹⁶) in materia di copia, distribuzione ed utilizzo del materiale protetto dal diritto d'autore. Il loro studio risulta estremamente rilevante per valutare l'efficacia della legge sul *copyright* ed individuarne i limiti, stante la capacità delle norme sociali di interagire con il diritto formale e, a seconda dei casi, favorirne o scoraggiarne l'osservanza²¹⁷.

²¹³ Cfr. i seguenti lavori: S.P. GREEN, *Plagiarism, Norms, and the Limits of Theft Law: Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Intellectual Property Rights*, 54 HASTINGS LAW J. 167 (2002), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=315562>, L.J. STRAHILEVITZ, *Charismatic Code, Social Norms, and the Emergence of Cooperation on the File-Swapping Networks*, 89 VA. L. REV. 505 (2003), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=329700>, Y. FELDMAN, J. NADLER, *Expressive Law and File Sharing Norms*, 43 SAN DIEGO L. REV. 577 (2006), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=799364>, M.F. SCHULTZ, *Fear and Norms and Rock & Roll: What Jambands Can Teach Us about Persuading People to Obey Copyright Law*, 21 BERKELEY TECH. L. J. 651 (2006), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=864624>, M.F. SCHULTZ, *Copynorms: Copyright Law and Social Norms*, in P.K. YU (ed), *Intellectual Property and Information Wealth: Issues and Practices in the Digital Age*, Westport, 2007, disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=933656>, K.J. GREENE, *'Copynorms', Black Cultural Production, and the Debate Over African-American Reparations*, 25 CARDOZO ARTS & ENT. L. J. 1179 (2008), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=1478119>, B. HAZUCHA, *Enablement of Copyright Infringement: A Role of Social Norms in the Regulation of Dual-Use Technologies*, 24 INTELL. PROP. L. & POL'Y 49 (2009), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=1462261>.

²¹⁴ Una precisazione terminologica e concettuale risulta doverosa. Nel presente lavoro l'attenzione è rivolta nei confronti del concetto di *copyright*, nato con lo scopo principale di promuovere l'industria culturale (con l'inclusione del diritto di riproduzione, copia e distribuzione dell'opera) e per tutelare i diritti patrimoniali di chi sfrutta economicamente un'opera dell'ingegno: diritto di riproduzione, copia, diffusione, ecc. Il diritto d'autore italiano, invece, è un concetto più ampio poiché a latere dei diritti di sfruttamento economico dell'opera dell'ingegno, viene riconosciuto all'autore un diritto morale che mira a tutelare in via immediata la sua personalità e l'attività in cui si materializza la sua creatività. Ai fini di questo studio il termine diritto d'autore verrà utilizzato come mera traduzione di *copyright*.

²¹⁵ Cfr. SCHULTZ, *Copynorms: Copyright Law and Social Norms*, cit., 1 e L. SOLUM, *The Future of Copyright*, 83 TEX. L. REV. 1137, 1148 (2005), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=698306>.

²¹⁶ Il neologismo è di Lawrence Solum, cfr. SOLUM, *The Future of Copyright*, cit. 1148.

²¹⁷ Trattandosi di *standard* comportamentali diffusi nella società, le *copynorms* sono spesso difficili da definire con precisione, cionondimeno ci si rende conto della loro esistenza quando

Il rapporto tra quanto determinato dalla legge e le norme sociali in materia di copia, distribuzione ed utilizzo delle opere dell'ingegno può articolarsi secondo diverse modalità. Innanzitutto, può verificarsi l'ipotesi in cui il dettato legislativo e quello normativo coincidano: si tratta dei casi che abbisognano di minore attenzione e dove non sussiste la necessità di distinguere le due categorie normative. In secondo luogo, l'interazione tra norme giuridiche e *copynorms* si può snodare nei termini di una discordanza tra il dettato legislativo e il comportamento individuale. Le ipotesi maggiormente complesse, ma stimolanti dal punto di vista intellettuale, sono quelle in cui questo *gap* normativo protende verso un indebolimento della legge. In altre parole, si fa riferimento a quei casi di discrepanza in cui la singola norma sociale in materia di *copyright* permette un comportamento che viene, viceversa, considerato illecito dalla legge.

Un settore dove questo divario ha assunto proporzioni straordinarie è quello del *file-sharing*, cioè dello scambio non autorizzato di materiale protetto da *copyright*. Si assiste a ciò che è stata puntualmente definita una "normalizzazione dell'illegalità"²¹⁸. La legge proibisce la copia e la distribuzione di opere protette dal diritto d'autore, le *copynorms*, viceversa, autorizzano questo comportamento, rendendolo socialmente accettabile ed andando così ad indebolire il precetto legislativo, anzi, subordinandolo ad esse²¹⁹.

Il caso del *file-sharing* è certamente quello più clamoroso e rilevante in relazione allo studio delle *copynorms*, ma non è il solo, in quanto svariate sono le ipotesi in cui un comportamento vietato dalla legge e lesivo dei diritti d'autore è considerato socialmente accettabile: si pensi alla pratica diffusissima, fino a qualche anno fa, di registrare i programmi televisivi su videocassetta, oppure la copia di CD su musicassetta, per non parlare dell'uso di fotocopiare interi libri

cambiano o vengono meno. Lawrence Solum, principale promotore del termine, le definisce testualmente in questo modo: "copynorms are the sea we swim in when we think about copyright law. We don't see them, except when they begin to break down or change". V. SOLUM, *The Future of Copyright*, cit., 1148.

²¹⁸ V. SOLUM, *The Future of Copyright*, cit., 1164.

²¹⁹ Si rimanda al prossimo capitolo per un approfondimento sul problema del *file-sharing*, attraverso una disamina delle varie alternative possibili per arginare questo fenomeno.

e riviste nelle scuole ed Università. Queste ed altre ipotesi fanno comprendere la forza ed il ruolo che le norme sociali, segnatamente le *copynorms*, ricoprono nel plasmare e guidare il comportamento degli individui.

3. L'importanza delle *copynorms*

Al fine di comprendere le ragioni del divario tra diritto formale e diritto informale in materia di *copyright*, ma anche cercare di superarne i contrasti, è di primaria importanza rivolgere maggiore attenzione alle norme sociali quali strumenti capaci di influenzare le scelte individuali, in un settore dove quest'ultime primeggiano sul resto.

Schultz definisce il *copyright* il “regno delle scelte private”²²⁰, stante la possibilità per i titolari dei diritti e dei fruitori delle opere di scegliere, rispettivamente, se e in che misura far valere i propri diritti e rispettarli. A ben vedere, difatti, tali facoltà sono molteplici e frastagliate. L'autore di un libro, ad esempio, è libero di scegliere se esercitare interamente i propri diritti di controllare la copia e la distribuzione della sua opera, oppure, ad esempio, di pubblicare sotto licenza *Creative Commons*. Allo stesso modo, una certa facoltà di scelta sussiste anche in capo a coloro che fruiscono delle opere. Si tratta, invero, della possibilità concreta di decidere se rispettare la legge sul *copyright*, acquistando un libro piuttosto che fotocopiarlo per intero, acquistando un CD musicale o un DVD di un film, anziché “riparli”²²¹ su disco o masterizzarne una copia, e così via. Anzi, le tecnologie informatiche evolute negli ultimi anni hanno ampliato notevolmente tali facoltà, essendo oggi possibile violare il *copyright* in maniera ancora più semplice e subdola.

Oggi l'informazione scorre fluida attraverso la rete, tutto è digitalizzato e alla portata di un *click* del *mouse*, *internet* è un enorme ragnatela e deposito di

²²⁰ V. SCHULTZ, *Copynorms: Copyright Law and Social Norms*, cit., 5: “Copyright law is largely a realm of private choice”.

²²¹ Per “*ripping*” s'intende per lo più l'attività attraverso la quale è possibile estrarre audio digitale da un *Compact Disc* o musicale in un file in formato *mp3* o similare.

libri (che diventano *e-books*), CD musicali (che diventano *mp3*), film (che si trasformano in *divx*). Tutto è dematerializzato, si perde il contatto e la percezione del valore di queste opere dell'ingegno e del lavoro intellettuale che vi sta dietro. *Internet* ha diffuso una sensazione di onnipresenza ed onniscienza, è un enorme calderone dove l'autore si confonde con il *blogger*, il *webmaster* e il *twitterer*: lì si trova tutto, le informazioni e la cultura sono a basso prezzo o gratuite, alla portata di tutti.

È una vera e propria rivoluzione tecnologica, che si traduce in una rivoluzione nelle modalità di fruizione dell'opera e che mette nelle mani dell'utente un potere mai visto prima. La comunità di *internet* è oggi dinamica come non mai, segue le sue regole di *netiquette*, ha un proprio linguaggio, dei propri usi, delle proprie norme. In questa cultura del tutto *free* e *on-demand*, il classico autoritarismo legislativo è qualcosa di vetusto e largamente ignorato. Rispettare o violare il diritto d'autore diventa una mera questione di coscienza e di morale e per questo motivo le *copynorms*, più che la legge, svolgono un ruolo carismatico nella determinazione delle scelte individuali²²².

Il tema delle *copynorms* assume una particolare avuto riguardo al dilemma del *file-sharing* illegale, esploso alla fine del 1998 con l'apparire sulla scena del *software* gratuito Napster. Si tratta senza dubbio dell'innovazione tecnologica che per certo ha inciso maggiormente sul diritto d'autore, in quanto attraverso di essa diventava possibile condividere in rete tutti i *files* musicali che sono memorizzati sui singoli computer sparsi per il mondo, gran parte dei quali coperti da *copyright*. Dall'inizio del 1999 fino al 2000 sono milioni le persone che utilizzano Napster per scaricare gratuitamente musica, determinando una violazione del diritto d'autore di portata mai vista prima. E questo era solo l'inizio.

Nei prossimi paragrafi saranno prese in considerazione alcune *copynorms* che sono in grado di moderare l'effetto della legge sul *copyright*.

²²² Si rimanda al cap. II per un'approfondita disamina delle norme sociali e le modalità di interazione tra quest'ultime e la legge.

4. *Copynorms* prescrittive e *copynorms* descrittive

Nell'illustrare alcuni esempi di *copynorms*, una distinzione preliminare da compiere è quella tra norme sociali prescrittive e descrittive. Questa classificazione trova origine in uno studio di Robert Cialdini, già tratteggiato precedentemente²²³. Lo psicologo sociale ha individuato due categorie di norme sociali, rispettivamente di tipo prescrittivo e di tipo descrittivo, le quali possono trovare adeguata declinazione avuto riguardo alla materia del *copyright*, di modo che si possano distinguere *copynorms* prescrittive e *copynorms* descrittive.

Per *copynorms* prescrittive si intendono quelle norme informali individuabili all'interno di specifiche comunità e sorte allo scopo di moderare gli effetti della legge sul *copyright*. Si tratta di norme che presentano un carattere ingiuntivo, in quanto prescrivono esplicitamente il comportamento atteso in materia di copia, distribuzione ed utilizzo di opere dell'ingegno protette da *copyright*.

Le *copynorms* descrittive, viceversa, sono quelle norme che descrivono i comportamenti che si osservano con maggiore frequenza all'interno di determinati gruppi sociali. Si limitano, cioè, a riferire ciò che normalmente accade. Spesso le persone, quando non sanno quale sia il comportamento atteso o accettato in determinate circostanze, guardano al modo in cui agiscono i propri simili, per trovare nella loro condotta uno *standard* di riferimento a cui conformarsi. Questo processo di imitazione del proprio simile può avere degli effetti a catena e dare vita a delle regolarità comportamentali seguite anche da milioni di persone (vedi il caso del *file-sharing*, emblematico di una situazione di questo genere).

4.1. *Alcuni esempi di copynorms prescrittive*

²²³ Cfr. cap. II, par. 8.3.2 e CIALDINI R.B., KALLGREEN C.A., RAYMOND R., *A Focus Theory of Normative Conduct: A Theoretical Refinement and Reevaluation of the Role of Norms in Human Behavior*, 24 ADV. EXP. SOC. PSYCHOL. 201 (1991).

Le norme sociali che rientrano in questa categoria sono quelle che evidenziano agli individui la condotta che deve essere posta in essere, determinando una pressione motivazionale che li induce ad agire in maniera conforme alle aspettative degli altri membri del gruppo sociale. Questa tipologia di norme constano di un precetto esplicitamente articolato e sono volontariamente invocate come validi ed operanti all'interno di una specifica comunità. Come si vedrà dagli esempi che seguono, la normatività prescrittiva, richiamata nel contesto del *copyright*, allude a quei tentativi attraverso i quali gruppi di individui hanno cercato di utilizzare le norme sociali come strumento per rimodellare e moderare gli effetti della legge sul *copyright*.

4.1.1. Il modello *copyleft* e il *software open source*

L'espressione "*copyleft*" nasce intorno agli anni Ottanta del secolo scorso nel mondo degli sviluppatori di *software* informatici. Alcuni di loro, infatti, avevano la prassi di distribuire copie dei programmi da loro ideati con la dicitura "*copyleft – all rights reVerSeD*". Il modello si è diffuso nel corso degli anni ed ha pervaso settori diversi da quello prettamente informatico, estendendosi alle opere artistiche, letterarie e visive in senso ampio. Oggi, quando si parla di "*copyleft*" o di "*open-content*", si fa riferimento ad un sistema di gestione flessibile dei diritti d'autore, che si contrappone alle rigide ed accentrate forme di controllo dell'informazione delineate dal modello di *copyright* tradizionale. Si tratta di un modello che utilizza gli strumenti e le prerogative attribuite all'autore dalla normativa statale per consentire alcuni utilizzi delle opere anziché vietarli, un lodevole tentativo di instillare un nuovo insieme di *copynorms* in nuove generazioni di autori e fruitori delle opere creative.

Pioniere di questa rivoluzione è Richard Stallman, programmatore informatico statunitense, principale portavoce del fenomeno del *software* libero e del *software open source* nonché fondatore della *Free Software Foundation* (FSF). Stallman era dell'idea che il *software* informatico dovesse essere uno strumento

di sviluppo tecnologico ed innovazione, libero da vincoli giuridici e tecnici che ne impedissero la condivisione in un'ottica di accrescimento della conoscenza²²⁴. Originariamente, la quasi totalità dei programmi informatici era protetta da *copyright* e, soprattutto, il codice sorgente del *software* (*source code*) era chiuso, non visualizzabile, rendendo impossibile ogni modifica o adattamento da parte di terzi. Come risposta a questo regime vincolante, Stallman elabora nel 1989 una licenza per *software*, chiamata *General Public License* (GPL)²²⁵, la quale assicura all'utente libertà di utilizzo, copia, modifica e distribuzione del *software* stesso, in quanto quest'ultimo viene distribuito senza alcuna blindatura del codice sorgente (si parla invero di *open source software*). La licenza GPL ha avuto enorme successo, e ad oggi è la più diffusa nel mondo del *software* libero.

4.1.2. *Creative Commons*

Sulla scia del modello *copyleft*, così come originariamente applicato nel mondo dell'informatica, vari progetti seguono questa strada di promozione di una cultura libera dai classici vincoli rigoristici posti dalla legge sul *copyright*.

Nel 2001 Lawrence Lessig, Hal Abelson ed Eric Eldred fondano l'organizzazione senza scopo di lucro "*Creative Commons*"²²⁶, come risposta alla sempre maggiore rigidità delle leggi in materia di *copyright*. Lo scopo è di offrire una protezione più flessibile alle opere dell'ingegno tutelate dal diritto d'autore, attraverso una serie di licenze che permettono agli autori di segnalare ai fruitori delle proprie opere a quali condizioni ne è consentita la riproduzione,

²²⁴ La *Free Software Foundation* si definisce come un'associazione votata a promuovere il diritto degli utilizzatori dei computer di usare, studiare, copiare, modificare e redistribuire i programmi per computer. La FSF promuove lo sviluppo e l'utilizzo gratuito dei *software*, in modo particolare dei sistemi operativi GNU/Linux. Vedi il sito web della FSF, <http://www.fsf.org/>.

²²⁵ Cfr. l'elenco di domande poste più frequentemente sulla GNU GPL, disponibili all'URL: <http://www.gnu.org/licenses/gpl-faq.it.html>

²²⁶ Il sito di Creative Commons, <http://creativecommons.org>, riporta come *mission* dell'organizzazione le seguenti parole: "Creative Commons helps you share your knowledge and creativity with the world".

diffusione e circolazione. Questo *set* di licenze²²⁷, nelle mire del fondatore Lessig, vuole essere un tentativo di costruzione di una cultura della condivisione, la nascita di nuove *copynorms* che possano moderare gli effetti del tradizionale rigore legislativo, pur sempre rimanendo nel solco della disciplina esistente²²⁸.

In altre parole, si vuole sfruttare il carattere disponibile delle prerogative che la legge riconosce al titolare del diritto d'autore, allo scopo di delineare un sistema che si ponga nel mezzo tra il regime classico del *full-copyright* (*all rights reserved*) e il pubblico dominio (*no rights reserved*). Il principio su cui si basano le licenze *Creative Commons* (o "CC"), difatti, è quello della libera determinazione di quali diritti d'autore riservarsi e quali concedere liberamente, in altre parole: "*some rights reserved*" (alcuni diritti riservati). Scrittori, musicisti, scienziati, possono dare libero sfogo alla propria creatività, attingendo dalle opere diffuse con licenza CC e crearne di nuove, senza avere timore di incorrere in violazioni del *copyright* o di dover chiedere l'autorizzazione all'autore o editore di turno²²⁹.

Nella concezione tradizionale, come è noto, le opere dell'ingegno possono essere, invero, essere diffuse o utilizzate in maniera derivativa soltanto previa specifica autorizzazione del titolare dei diritti d'autore. I problemi non finivano qui, perché spesso contattare l'autore, per chiedere tale autorizzazione, era (ed è) molto complicato. Bisogna nella gran parte dei casi passare per il tramite dell'editore, della casa discografica, ecc., i quali difficilmente forniranno

²²⁷ Le licenze attualmente previste sono sei, descritte nel dettaglio all'URL: <http://creativecommons.org/licenses/>

²²⁸ Lessig precisa che: "The aim is not to fight the "All Rights Reserved" sorts. The aim is to complement them". E ancora: "Creative Commons [...] aims to build a layer of content, governed by a layer of reasonable copyright law, that others can build upon. Voluntary choiche of individuals and creators will make this content available. And that content will in turn enable us to rebuild a public domain". Cfr. L. LESSIG, *Free Culture. How Big Media Uses Technology and Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, New York, 2004, 282 ss, disponibile in licenza CC all'URL: <http://www.free-culture.cc/freeculture.pdf>.

²²⁹ In effetti l'idea che sta dietro queste innovative licenze è geniale, perché con questo modello è davvero possibile sfruttare le potenzialità offerte dalla rete per formare una nuova cultura della condivisione, della partecipazione, dell'innovazione e perché no, della legalità.

tale consenso. La creatività e la diffusione della conoscenza sono fortemente limitati con questo regime²³⁰.

Le licenze *Creative Commons* possano costituire uno strumento che favorisce lo sviluppo della legalità ed un parziale riallineamento tra dettato legislativo e comportamento sociale, proprio in forza dell'operare di una norma di reciprocità, innata e onnipresente in ogni società umana. Nel caso di un'opera rilasciata con licenza CC del tipo "Non opere derivate", ad esempio, l'autore ha inteso autorizzare la copia, la distribuzione e la trasmissione della stessa nella sua integrità, cioè senza riadattamenti volti a trarne un lavoro derivato. Di fronte ad una situazione di questo genere, il sentimento provato dal fruitore dell'opera, nei confronti dell'autore, sarà presumibilmente di reciprocità, poiché qualora si dovesse trovare di fronte ad un'altra opera per la quale lo stesso autore ha compiuto una precisa scelta di ricorrere al sistema tradizionale *full copyright*, il fruitore per senso di dovere rispetterà la scelta compiuta dal titolare dei diritti.

Come precisa Schultz²³¹, sembra potersi dire che con questo tipo di licenze l'associazione *Creative Commons* abbia creato un insieme alternativo di *copynorms*, l'interrogativo è se queste riescano ad alterare quelle prevalenti, e solo il tempo potrà dirlo, anche se in realtà il progetto CC sembra aver riscosso largo successo nel corso degli anni. Nel 2003, infatti, si svolge con successo il lavoro di traduzione e adattamento delle licenze CC da parte di un *team* italiano, capitanato dal professor Marco Ricolfi del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Torino. Ad oggi *Creative Commons* conta oltre 100 affiliati in tutto il mondo in più di 70 giurisdizioni ed oltre 370 milioni di licenze nel mondo (5 milioni solo in Italia)²³².

²³⁰ A parere di chi scrive, questo atteggiamento di totale chiusura, rappresentato dal tradizionale regime "tutti i diritti riservati", ha in una certa misura costituito una delle ragioni per le quali, nonostante l'espresso divieto legale, si sono così diffuse le *copynorms anti-copyright*.

²³¹ SCHULTZ, *Copynorms: Copyright Law and Social Norms*, cit., 19.

²³² Studio Centro NEXA su Internet e Società, disponibile all'URL: http://www.creativecommons.it/ccitfiles/artusio_vicenza_cc_15_3_12.pdf e sito web Creative Commons, sezione "History", disponibile all'URL: <http://creativecommons.org/about/history>.

4.1.3. *Le copynorms dei bibliotecari*

I bibliotecari rappresentano un interessante esempio di individui che condividono una serie nutrita di norme informali, aventi ad oggetto il diritto d'autore e nello specifico le opere letterarie. Si tratta di una serie di regole e valori che operano all'interno del dettato legislativo in materia di *copyright*, sviluppate nel corso degli anni ed inculcate attraverso l'educazione e l'esercizio della professione libraria.

Laura Gasaway, bibliotecaria e professoressa di diritto, illustra tali *copynorms*²³³, specificando che le più importanti sono quelle relative alla diffusione delle informazioni al pubblico e al diritto di tutti di poter leggere ed accedere gratuitamente alla cultura scritta archiviata nelle biblioteche pubbliche. I bibliotecari, ovviamente, credono molto nelle biblioteche come luogo di diffusione e condivisione del sapere, fondamentale strumento di democrazia, al fine di consentire a tutti, anche ai meno abbienti, di accedere alle opere letterarie ivi contenute di accrescere la propria cultura.

Tutto questo pone i bibliotecari in una posizione a volte di contrasto con gli autori e soprattutto con gli editori, i quali, in una logica di profitto, vorrebbero ottenere il maggior ricavo possibile dalle opere acquistate dalle varie biblioteche, ad esempio attraverso l'imposizione di una tariffa che l'utente deve pagare per ogni prestito²³⁴.

Tra le altre norme sociali rilevanti diffuse tra i bibliotecari, v'è quella per cui essi credono fortemente nel pubblico dominio, come "anello di congiunzione con il passato [...] e patrimonio storico, culturale e di conoscenza spesso difficile da scoprire"²³⁵, o ancora ciò per cui i bibliotecari

²³³ Cfr. L.N. GASAWAY, *Values Conflict in the Digital Environment: Librarians Versus Copyright Holders*, 24 COLUM.-VLA J. L. & ARTS 115 (2000).

²³⁴ I bibliotecari, invece, criticano l'impostazione troppo capitalista degli editori. In fondo, bibliotecari ed editori dipendono gli uni dagli altri, ma i valori che sospingono i rispettivi intenti, come si è visto, sono del tutto differenti.

²³⁵ Questo *caveat* si trova in ogni libro in pubblico dominio digitalizzato da Google e consultabile tramite il suo servizio *Google Books*, disponibile all'URL: <http://books.google.it/>.

credono molto nelle libere utilizzazioni (*fair use*), intese non soltanto come mere eccezioni al rigido controllo delle informazioni derivante dalla legge sul *copyright*, ma come veri e propri diritti, sia degli utenti che delle biblioteche stesse²³⁶.

4.1.4. L'etica hacker

Eppure, non sempre le *copynorms* individuabili nelle varie comunità di individui si inseriscono nel solco della legge. L'etica degli *hackers* costituisce un valido esempio di come valori e pratiche diffuse all'interno di una comunità *cybernetica* possano estendersi anche al di fuori di essa ed incoraggiare, di fatto, la violazione della legge sul *copyright*.

Il termine "etica *hacker*" è attribuibile allo scrittore Steven Levy, il quale nel suo libro "*Hackers. Gli eroi della rivoluzione informatica*"²³⁷ racconta quali sono i principi normativi che guidano questa subcultura sociale. Tra questi, i caposaldi sono: *a)* l'accesso ai *computer* ed ai relativi *software* deve essere libero: tutti dovrebbero poter mettere mano al codice sorgente per capire come funziona e migliorarlo (i primi *hacker* statunitensi sono quelli che poi hanno contribuito alla genesi del progetto GNU/*Free Software Foundation*, capitanato da Stallman); *b)* l'informazione deve essere libera: un appello alla libera circolazione delle informazioni, anche qui in un'ottica di possibile sviluppo di nuove tecnologie solo attraverso l'accesso alla conoscenza pregressa; *c)* dubitare dell'autorità: la libera circolazione delle informazioni avviene anche attraverso l'eliminazione di ogni autoritarismo e burocrazia, considerati dagli *hackers* come veri e propri ostacoli al progresso della conoscenza.

Tale filosofia, tuttavia, spesso si scontra con le rigide previsioni legislative a protezione del diritto d'autore, che non sono ovviamente

²³⁶ L'*American Library Association* ha messo nero su bianco queste fondamentali regole all'interno di un Codice etico e di un *Policy manual*, dai quali emerge chiaramente quali sono i principi che ispirano e guidano la professione bibliotecaria. Cfr. il sito dell'*American Library Association* all'URL: <http://www.ala.org>.

²³⁷ V. S. LEVY, *Hackers. Gli eroi della rivoluzione informatica*, Milano, 2002.

compatibili con le pratiche elusive affini agli intenti “conoscitivi” ed esplorativi che caratterizzano il Credo degli *hackers*. Costoro si difendono pervicacemente, sostenendo che la loro missione è dimostrare la vulnerabilità dei sistemi di computer e i punti deboli delle reti informatiche, il loro è puro esercizio di stile, ostentazione di abilità, sfida al potere centralizzato: ma senza lasciare traccia e soprattutto senza creare reali danni²³⁸.

L'ampia pubblicità e condivisione delle loro imprese, soprattutto tramite *internet* con *forum* e *newsletter*, porta alla conoscenza di tutti, non-*hackers* compresi, gli strumenti e le tecniche usate, ampliando in maniera esponenziale il rischio di violazione delle leggi sul *copyright*. Anche chi è poco esperto di *computer*, in altre parole, diventa qualificato per diventare potenziale trasgressore, ad esempio scaricando l'ultimo *software* impacchettato dalla comunità *hacker*, pubblicizzato per dimostrare come sia astrattamente possibile rimuovere le protezioni anticopia dei DVD ma che, di fatto, rende fattibile per tutti gli altri a farlo concretamente.

4.2. Alcuni esempi di copynorms descrittive

Le norme sociali che rientrano in questa categoria differiscono, rispetto a quelle esaminate nel paragrafo precedente, per il fatto di essersi sviluppate non già sulla base di un progetto definito o un insieme di valori, bensì attraverso l'azione di una molteplicità di persone che, comportandosi alla stessa maniera, hanno dato vita ad una regolarità comportamentale, cioè ad una norma. Queste norme sociali nascono per lo più in forza di un effetto a catena: dapprima poche persone, poi migliaia, fino ad arrivare, in alcuni casi a decine di

²³⁸ Se questi eroi affamati di conoscenza mantenessero le proprie scoperte e conquiste solo tra loro, nessun problema sarebbe ravvisabile all'orizzonte, ma purtroppo così non è.

milioni seguono la stessa pratica, le stesse abitudini, gli stessi costumi di altri simili intorno a loro, rendendo col tempo quel comportamento la normalità.

Quando tali pratiche sociali ineriscono tutto ciò che ruota intorno al concetto di *copyright*, ecco che si torna a definirle come *copynorms*. In questa sede è interessante rilevare come sovente capiti che queste pratiche sociali, benché diffuse e approvate all'interno di un gruppo sociale più o meno ampio, in realtà si pongano in aperto contrasto con la lettera della legge in materia di diritto d'autore.

Il caso più eclatante, di cui si avrà modo di discutere diffusamente nel prossimo capitolo, è quello del *file-sharing*: milioni di persone in tutto il mondo si scambiano indefessamente e senza scrupoli altrettanti milioni di opere dell'ingegno protette da *copyright*, smaterializzate grazie alle tecnologie digitali e trasmissibili a costo zero grazie alle ormai diffuse connessioni internet di tipo *flat*²³⁹. Ma il *file-sharing* è solo la parte più appariscente di un fenomeno sociale tutt'altro che interstiziale. Le *internet norms* in generale e l'evoluzione della Rete delle Reti hanno assunto un rilievo tale da determinare risvolti inaspettati, nei confronti di una disciplina legislativa che sempre più non riesce a tenere il passo dell'innovazione.

4.2.1. *Web 2.0, Social networks e User Generated Content (UGC)*

Facebook, Twitter, Flickr, YouTube, Wikipedia, i blog e i forum sono solo alcuni dei nuovi mezzi che caratterizzano il processo di evoluzione tecnologica e sociale, in quella che potremmo definire la seconda generazione di *internet* (il c.d. *Web 2.0*). In questa nuova epoca della Rete sono gli utenti ad essere il vero nucleo fondamentale, sono loro a creare e a condividere i contenuti e a decidere il loro successo. Il *Web* assume le caratteristiche di uno strumento democratico di libera espressione, dove ognuno può esprimere la

²³⁹ Per *internet flat* si intende un tipo di abbonamento dove la tariffa viene calcolata dall'*Internet Service Provider* non in base ai minuti di collegamento, bensì in base ad una tariffa forfettaria.

propria creatività e commentare quella altrui senza apparenti limiti. Ci sono siti internet dove gli utenti possono liberamente scrivere del testo per creare delle voci enciclopediche (Wikipedia), caricare immagini digitali di vario tipo (Flickr.org) o filmati anche di durata considerevole (YouTube). I gestori di questi siti internet non compiono un controllo preventivo su ciò che viene caricato, quindi può accadere (e accade, spesso in maniera massiccia) che circoli materiale protetto da *copyright*, rimovibile solo previa segnalazione al *content provider* da parte del titolare dei diritti.

Si pensi, per fare un altro esempio, al caso dei *blog*, siti *internet* in cui l'autore (detto anche *blogger*), pubblica vari articoli con i propri pensieri, considerazioni, racconti ed altro, a formare una sorta di diario *on-line* spesso corredato di immagini o video. Ovviamente non esiste alcun controllo sul materiale che viene caricato dai *blogger*, e spesso capita che le notizie o le immagini riportate siano state prelevate senza autorizzazione da altri siti *internet*. In questo modo si realizzano di fatto numerose violazioni del *copyright*, che possono raggiungere un'estensione vastissima, data la indole tipicamente condivisoria dei *blog* e dei suoi partecipanti, i quali sono soliti a ritrasmettere rapidamente gli articoli ivi rinvenuti, pubblicandoli su altri *blog* o su *social networks* come MySpace, Facebook e Twitter, ingenerando un circolo vizioso senza fine. L'atteggiamento tenuto dai *blogger* rispetto alle leggi sul diritto d'autore sembra costituire la normalità, una vera e propria *blogger norm* largamente diffusa nella loro comunità, che non sembra preoccuparli più di tanto né suscita scalpore, anche se il *collage* di foto e testi presi qua e là dalla rete il più delle volte è tutt'altro che lecito.

Il Prof. Schultz, illustrando questo tipo di *descriptive norm*, richiama quanto affermato da Daniel J. Solove, professore di diritto all'Università George Washington, sul suo *blog* "www.concurringopinions.com"²⁴⁰:

²⁴⁰ Cfr. SCHULTZ, *Copynorms: Copyright Law and Social Norms*, cit., 26 e D.J. SOLOVE, *What if Copyright Law Were Strongly Enforced in the Blogosphere?*, Concurring Opinions, 15 Dic. 2005, disponibile all'URL: http://www.concurringopinions.com/archives/2005/12/what_if_copyrig.html

“Penso che sia una generalizzazione corretta affermare che l'utilizzo di materiale protetto da *copyright* sia molto più liberale nella *blogosfera* che nelle pubblicazioni stampate tradizionali. Se dovessi scrivere qualcosa su una rivista cartacea, ad esempio, sarei molto più cauto circa la misura in cui cito altri testi ed utilizzo immagini altrui. Ma in *internet* mi sento più incoraggiato a farlo. Perché?

La ragione è che la *blogosfera* ha sviluppato una serie di norme sul diritto d'autore in un'area dove l'*enforcement* è minimale. Queste norme circa l'uso di materiale protetto da *copyright* sono probabilmente in contrasto con la legge sul *copyright* esistente. In effetti gli altri siti *web* e i principali fornitori di immagini su *internet* (n.d.t.: vedi i vari siti di fotografie *stock* come www.gettyimages.it) non hanno assiduamente perseguito legalmente i *bloggers* trasgressori”. (Liberamente tradotto dall'originale in inglese)²⁴¹.

4.2.2. Motori di ricerca e Google Books

Un'altra prassi potenzialmente lesiva del *copyright* e largamente diffusa in *Internet* è quella adottata dai gestori dei motori di ricerca. Ogni volta che un motore di ricerca indicizza²⁴² una pagina web, viene creato un indice di quella pagina che si presenta essenzialmente come una copia non autorizzata della pagina originale²⁴³.

Si pensi, in particolare, alla funzionalità di “copia cache” offerta dal famoso motore di ricerca Google.it. Attraverso algoritmi proprietari, Google esegue la scansione del *Web* e acquisisce istantanee di ogni pagina, di modo che quando l'utente compie una ricerca è in grado di visualizzare per ogni risultato una versione della pagina *web*, risalente all'ultima indicizzazione compiuta dal

²⁴¹ Testo originale: “I think that it is a fair generalization to say that the use of copyrighted material is much more liberal in the blogosphere than in regular print publications. If I were writing something in print, for example, I would be much more cautious about the extent to which I'm quoting and using images. But I feel more emboldened on the Internet. Why? The reason is that the blogosphere has developed a set of copyright norms in an area where there is very little enforcement. These norms about the use of copyrighted material are probably at odds with existing copyright law. The mainstream media and other websites have not been going after bloggers for copyright violations all that much”. Cfr. SOLOVE, *What if Copyright Law Were Strongly Enforced in the Blogosphere?*, cit., *passim*.

²⁴² Per indicizzazione si intende l'inserimento di un sito web nel database di un motore di ricerca, mediante l'uso di apposite parole chiave. Fonte: Wikipedia, disponibile all'URL: [http://it.wikipedia.org/wiki/Indicizzazione_\(motore_di_ricerca\)](http://it.wikipedia.org/wiki/Indicizzazione_(motore_di_ricerca))

²⁴³ Cfr. SCHULTZ, *Copynorms: Copyright Law and Social Norms*, cit., 23.

motore di ricerca²⁴⁴ e per la quale non è stata chiesta alcuna autorizzazione al titolare del *copyright*. Il fatto è che questi motori di ricerca, Google in particolare, sono diventati così popolari proprio grazie alla loro capacità di restituire all'internauta migliaia o milioni di risultati di ricerca a fronte dell'inserimento di poche parole chiave.

Il servizio fornito agli utenti è impareggiabile e anche laddove tali funzionalità escano dal tracciato legislativo a protezione del diritto d'autore, il popolo di *Internet* non sembra farci caso, anzi reagisce con sorpresa le poche volte che viene fatta presente una violazione del *copyright*, tanto sono radicate in essi nuove *copynorms* che rendono perfettamente accettabile l'*indexing*, la copia cache e quant'altro.

Motori di ricerca come Google hanno espanso rapidamente i servizi forniti *online*, diventando strumenti di accesso alle informazioni di ogni genere: non solo siti internet, ma anche ricerca di immagini (Google Immagini), indirizzi stradali ed immagini a livello stradale (*Google Maps* e *Street View*), notizie (*Google News*) e così via. Ognuno di questi servizi ha suscitato dibattiti in relazione alla compatibilità con quanto previsto dalla legge²⁴⁵, ma ciò che ha sollevato maggiore perplessità è stato il rivoluzionario strumento di ricerca all'interno dei libri: Google Ricerca Libri (o *Google Books*).

²⁴⁴ Google adotta una politica del tipo "*opting-out*", nel senso che l'indicizzazione e la visualizzazione di un'istantanea del sito web avviene automaticamente, senza previa nullastosa del *webmaster* del sito internet in questione, mettendo a disposizione di costoro uno strumento per richiedere la rimozione di contenuti del proprio sito dai risultati di ricerca di Google o dalla funzionalità di copia cache.

²⁴⁵ Cfr. B. FITZGERALD, D. O'BRIEN, A. FITZGERALD, *Search Engine Liability for Copyright Infringement* in A. SPINK, M. ZIMMER (ed), *Web Search. Multidisciplinary Perspectives*, Springer, 2008, disponibile all'URL: <http://eprints.qut.edu.au/7883/1/7883.pdf>. Vedi inoltre i seguenti articoli pubblicati su diversi *blog* e siti internet: "Francia: la ricerca per immagini di Google non costituisce violazione del copyright", Prof.ssa Avv. Giusella Finocchiaro, dal suo blog, disponibile all'URL: <http://www.blogstudiolegalefinocchiaro.it/diritto-dautore-e-copyright/francia-la-ricerca-per-immagini-di-google-non-costituisce-violazione-del-copyright>, ed ancora "Google Street View: la CNIL prononce une amende de 100.000 euros", dal sito web CNIL, disponibile all'URL: http://www.cnil.fr/la-cnil/actu-cnil/article/article/google-street-view-la-cnil-prononce-une-amende-de-100-000-euros/?tx_ttnews%5BbackPid%5D=2&cHash=cc38682f49 e "Google loses Copiepresse appeal", dal sito dell'Australian Copyright Council, disponibile all'URL: <http://www.copyright.org.au/news-and-policy/details/id/1952> (ultima visita dei siti riportati: giugno 2012).

A partire dal 2004, Google Inc. ha iniziato un progetto di digitalizzazione di massa dei libri contenuti nelle maggiori biblioteche statunitensi, allo scopo di creare una biblioteca digitale consultabile a livello mondiale. Il progetto²⁴⁶, che prese originariamente il nome *Google Print*, poi cambiato nell'attuale *Google Books*, se considerato da un punto di vista dell'innovazione, è senza dubbio straordinario: consentire agli utenti che si collegano al sito internet di Google dedicato all'iniziativa (<http://books.google.it>) di compiere una ricerca direttamente nel testo delle opere digitalizzate è senz'altro qualcosa che non ha precedenti.

Il progetto *Google Books* ha ad oggetto la scansione digitale di tre categorie di libri: i libri caduti in pubblico dominio, quelli coperti da *copyright* e le c.d. opere orfane. Quest'ultime sono quelle opere non reclamate, nel senso che i detentori dei diritti esistono, ma sono difficilmente rintracciabili. Se il libro non è protetto da *copyright* o l'editore ha concesso l'autorizzazione, il sistema di ricerca consente la visualizzazione di un'anteprima o addirittura la copia digitale dell'intero libro. Nelle altre ipotesi è possibile visualizzare *online* brevi estratti del libro che gli interessa (i c.d. *snippets*). Ad oggi l'interfaccia di *Google Books* è disponibile in oltre 35 lingue, oltre 10.000 editori ed autori partecipano all'iniziativa e i libri scansati circa 15 milioni.

È facilmente intuibile come un'operazione di questa portata abbia immediatamente sollevato molte polemiche. Nel 2005 l'Associazione degli autori americani (*Author's Guild of America*) e l'Associazione degli editori americani (*Association of American Publishers*) si sono ribellate al possibile sorgere di una nuova *copynorm* riguardante il mondo della carta stampata. Costoro hanno immediatamente intentato una *class action* contro Google, lamentando un'estesa violazione del *copyright*. Ciò che viene contestato al colosso di Mountain View è di aver creato un archivio digitale di libri che fornisce a chiunque la possibilità di consultare estratti ed anteprime che costituiscono violazione dei loro diritti. In risposta, Google si è difesa appellandosi al

²⁴⁶ Cfr. P. SAMUELSON, *Google Book Search and the Future of Books in Cyberspace*, 94 MINN. L. REV. 1308 (2010).

principio di *fair use*²⁴⁷, cercando di spiegare che il progetto aveva unicamente lo scopo di costruire una sorta di equivalente digitale delle schede catalografiche tradizionali, nel quale tuttavia, ogni parola, e non solo quelle chiave, vengono indicizzate.

Nel 2008 autori ed editori raggiungono una proposta di accordo transattivo con Google (c.d. *Google Books Settlement*), la quale si impegna a versare un compenso agli editori aventi titolo per una somma totale di circa 125 milioni di euro, nonché di istituire il *Book Rights Registry*, che si occupa di individuare i titolari del *copyright* al fine di creare un registro con le informazioni ad essi relative, raccogliere i profitti derivanti dalla commercializzazione dei libri tramite il portale di Google e distribuirli ai titolari²⁴⁸. Numerose sono state le critiche sollevate nei confronti di questa proposta di accordo, da parte di associazioni di autori ed editori in tutto il mondo, e vigorosi i tentativi da parte della dottrina²⁴⁹ di trovare una giusta composizione tra i delicati interessi in gioco.

Il 18 febbraio 2010 il giudice della corte distrettuale di New York, Denny Chin, avrebbe dovuto tenere un'udienza, allo scopo di decidere sull'equità dell'accordo transattivo. Tale udienza non è mai stata celebrata, a causa delle opposizioni che seguirono la conclusione dell'accordo emendato. La tanto attesa decisione sull'equità della proposta di transazione giunge nel mese di marzo 2011. Il giudice Chin boccia l'accordo transattivo, con una decisione destinata a rivoluzionare il quadro relativo alla digitalizzazione delle pubblicazioni cartacee promossa da Google²⁵⁰.

²⁴⁷ La dottrina del *fair use* prevede che soggetti diversi dai titolari dei diritti d'autore possano utilizzare, senza autorizzazione, opere protette da *copyright* quando risulti ragionevole per lo sviluppo scientifico e delle arti utili.

²⁴⁸ Nel 2009 le parti hanno presentato una versione modificata dell'accordo, il cui testo integrale è rinvenibile al seguente URL: <http://www.googlebooksettlement.com/>.

²⁴⁹ Cfr. J. GRIMMELMANN, *How to Fix the Google Book Search Settlement*, 12 J. INTERNET L. 1 (2009), M.A. LEMLEY, R.K. TANGRI, *An Antitrust Assessment of the Google Book Search Settlement, Working Paper*, (2009), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=1431555> e R.C. PICKER, *The Google Book Search Settlement: A New Orphan-Works Monopoly?*, 5 J. COMPETITION L. & ECON. 383 (2009), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=1387582>.

²⁵⁰ Cfr. G.F. FROSIO, *Google Books Rejected: Taking the Orphans to the Digital Public Library of Alexandria*, 28 SANTA CLARA COMPUTER & HIGH TECH. L.J. 81 (2011), disponibile all'URL: <http://digitalcommons.law.scu.edu/chtj/vol28/iss1/3>.

Nella sua *opinion*²⁵¹, il giudice precisa che “sebbene la digitalizzazione dei libri e la creazione di una biblioteca digitale universale gioverebbe a molti, l'accordo tra Google e le associazioni di autori ed editori andrebbe troppo oltre, poiché garantirebbe a Google ampi diritti su libri interi e le permetterebbe di acquisire un significativo vantaggio nei confronti dei suoi concorrenti”²⁵².

Secondo il giudice Chin, questo patto comporta numerosi problemi che superano, di fatto, i benefici apportati dalla digitalizzazione di massa del sapere scritto. Questa operazione deve avvenire nel rispetto delle regole del mercato, in quanto l'accordo attribuirebbe a Google una posizione monopolistica in quel settore, sia nel senso che potrebbe trattenere ogni diritto sui proventi generati dai libri resi in forma elettronica, sia perché di fatto si impedirebbe ai *competitors* di accedere a tale mercato se non tramite la stipulazione di singoli accordi per ogni testo.

L'accordo non ha ragione di essere accettato e dunque si torna ad una situazione di stallo dove la battaglia legale può proseguire, a meno di non trovare un nuovo accordo transattivo che, nelle parole del giudice Chin, sia “equo, adeguato e ragionevole”²⁵³. Il sogno di Google purtroppo è ostacolato dalla cruda realtà del *copyright* che ancora una volta dimostra di non riuscire a tenere il passo dell'innovazione.

²⁵¹ Il testo integrale dell'*opinion*, che risulta interessante anche perché il giudice compie un'articolata ed esaustiva cronistoria del progetto *Google Books* dalle sue origini fino ad oggi, è disponibile all'URL: <http://www.nysd.uscourts.gov/cases/show.php?db=special&id=115> (ultima visita: giugno 2012).

²⁵² Libera traduzione dall'inglese del seguente passaggio dell'*opinion* in esame: “While the digitization of books and the creation of a universal digital library would benefit many, the ASA would simply go too far. It would permit this class action -- which was brought against defendant Google Inc. (“Google”) to challenge its scanning of books and display of “snippets” for on-line searching -- to implement a forward-looking business arrangement that would grant Google significant rights to exploit entire books, without permission of the copyright owners. Indeed, the ASA would give Google a significant advantage over competitors, rewarding it for engaging in wholesale copying of copyrighted works without permission, while releasing claims well beyond those presented in the case”.

²⁵³ Gli aggettivi proposti fanno riferimento alla principale motivazione per cui la proposta di accordo è stata rigettata dal giudice newyorkese. Letteralmente: “The question presented is whether the ASA is fair, adequate, and reasonable. I conclude that it is not”.

4.2.3. Fotocopie e home recording

Anche al di fuori del mondo di *Internet* esistono situazioni in cui sono individuabili *copynorms* che incoraggiano la violazione della legge sul *copyright* determinando, in misura minore o maggiore, una divergenza tra dettato normativo e comportamento socialmente accettabile.

Nel suo libro *Order Without Law*, Robert Ellickson prende in considerazione una pratica diffusa tra alcuni professori delle Università statunitensi, descrivendo con dovizia di particolari quella che sembra essere una vera e propria *copynorm* avente ad oggetto la copia per uso accademico di libri e riviste protette da *copyright*²⁵⁴.

Ellickson illustra i risultati di una ricerca sul campo, dalla quale è emerso come l'attività di fotocopiare parti di libri e riviste da utilizzare durante le proprie lezioni risulta essere una pratica largamente diffusa ed accettata tra i professori universitari. Tale regola informale è sorta principalmente allo scopo di velocizzare la produzione di materiale didattico da distribuire agli studenti, ed è giustificata dai professori sulla base di due ordini di ragioni. In primo luogo, questa *copynorm* allevierebbe i professori dall'incombenza di doversi informare e studiare le technicalità dell'intricata dottrina del *fair use*, in secondo luogo, questa forma di copia "liberale" eviterebbe ai professori di dover scrivere lettere di richiesta autorizzazione ai titolari del *copyright* di ogni opera letteraria, attività che renderebbe la preparazione dei materiali didattici lunga ed economicamente inefficiente²⁵⁵. Siamo in presenza di un vero e proprio ordine spontaneo, decentrato e nascente dal basso. I docenti, dal canto loro, considerano tali *copynorms* come qualcosa di giusto, ragionevole, in quanto massimizza i loro interessi e rappresenta una forma di sovversione all'Autorità, nella convinzione che il

²⁵⁴ Cfr. ELICKSON, *Order without Law*, cit., 258 ss.

²⁵⁵ Ellickson racconta di un professore universitario che, dovendo raccogliere fotocopie di diverso materiale protetto da *copyright* per preparare una dispensa da utilizzare nel suo corso estivo, spedì 23 lettere di richiesta autorizzazione, delle quali solo 17 furono risposte e nel giro di ben sei mesi.

legislatore dia maggiore ascolto alle *lobbies* degli editori piuttosto che alle molteplici richieste di professori ed università di una modifica del regime legale, nel senso di una maggiore flessibilità e aderenza alle necessità del mondo accademico.

In realtà ciò che sta dietro a questo comportamento dei professori è qualcosa di più complesso, in quanto nell'ambito scientifico universitario, gli autori di articoli di dottrina o di monografie sono spinti a creare nuove opere non tanto in vista del percepimento dei proventi delle vendite, bensì in vista di una maggiore diffusione possibile del proprio scritto ed al fine di acquisire nella comunità scientifica un certo riconoscimento e stima da parte dei propri colleghi. Evidentemente per costoro è molto più importante che il proprio lavoro circoli nell'ambiente universitario, che sia utilizzato per le lezioni, che venga scambiato tra professori e studenti: un sistema che serve a stimolare la produzione di nuove idee senza conferire il monopolio delle informazioni in capo agli editori. Per tali autori, in altre parole, "l'attività di copia su piccola scala non è affatto un'appropriazione indebita bensì un servizio"²⁵⁶.

Voltando pagina, prendiamo in considerazione un altro contesto nel quale le *copynorms* divergono dalla legge sul *copyright* in maniera piuttosto significativa. Si tratta delle varie e diffusissime ipotesi di *home recording*, cioè di quella molteplicità di attività attraverso le quali i consumatori utilizzano la tecnologia per copiare, duplicare, registrare, mixare ecc. opere protette dal diritto d'autore. Al principio, intorno al 1970, era la musicassetta lo strumento principale attraverso il quale le persone creavano le loro selezioni di brani, copiandoli da altre musicassette oppure dai vinili. Poi furono lanciati i primi videoregistratori, con i quali chiunque poteva registrare programmi e film trasmessi in TV, spesso allo scopo di creare un archivio permanente di tipo audiovisivo e quindi andando ben oltre le finalità di *time shifting*²⁵⁷.

²⁵⁶ Letteralmente: "small-scale copying is not a misappropriation but a service". Cfr. ELLICKSON, *Order without Law*, cit., 258 ss.

²⁵⁷ Com'è noto il *time shifting*, cioè la registrazione di contenuti audiovisivi allo scopo di visionarli in un momento successivo alla loro trasmissione, è stato considerato come *fair use* dai giudici statunitensi nella celebre sentenza Betamax.

Le tecnologie digitali hanno rivoluzionato questo assetto, moltiplicando le potenziali violazioni del *copyright*. *DVD recorder*, *hard disk* multimediali e televisori con funzione di registrazione integrata rappresentano solo alcune delle novità: strumenti sempre più potenti e flessibili nelle mani dei consumatori. Tutto questo non ha fatto altro che alimentare e rafforzare le *copynorms* in materia di registrazione domestica, moltiplicando le potenziali violazioni del *copyright* e diffondendo nei consumatori la convinzione che questi usi, proprio perché così diffusi, siano perfettamente accettabili: un vero e proprio trampolino di lancio che probabilmente ha posto le basi per la nascita e la diffusione così massiccia delle *copynorms* in materia di *file-sharing*²⁵⁸.

4.3. Scene di vita quotidiana e *copyright*. Tutti colpevoli?

Gli esempi di *copynorms* prescrittive e descrittive illustrati nei paragrafi precedenti ci fanno capire quanto il *copyright* sia strettamente collegato all'evoluzione tecnologica. A tale processo si accompagna, inoltre, una sempre maggiore rilevanza del diritto d'autore per la vita quotidiana di ogni persona. In passato, difatti, il *copyright* era una disciplina legislativa quasi di nicchia, conosciuta e considerata rilevante solo da coloro che lavoravano nel settore dell'editoria, della musica e della cinematografia. Oggi, viceversa, la legge sul *copyright* ha assunto un carattere centrale, in quanto si presenta come direttamente rilevante per la vita di milioni di persone. Gran parte di questo fenomeno è determinato dalla comparsa di nuove tecnologie, prima, e dalle nuove funzionalità offerte da *Internet*, dopo, che hanno messo in condizione l'uomo medio di compiere attività potenzialmente confliggenti con la disciplina sul diritto d'autore.

²⁵⁸ V. SCHULTZ, *Copynorms: Copyright Law and Social Norms*, cit., 27.

John Tehranian, giurista statunitense, ha efficacemente illustrato²⁵⁹ come questa molteplicità di nuove tecnologie possa fare insorgere pratiche sociali che spesso non sono allineate al dettato normativo, determinando quella discrepanza tra comportamento regolato e comportamento socialmente accettabile di cui si è già parlato in precedenza. “Siamo un popolo di trasgressori” – afferma Tehranian – “ogni giorno compiamo decine di violazioni del diritto d’autore e spesso senza nemmeno accorgercene”²⁶⁰. L’autore descrive la giornata tipo del fantomatico Mr. John, probabilmente lui stesso. Il mattino ha l’oro in bocca, si dice, e difatti le infrazioni cominciano già in questo momento del giorno, quando John controlla la posta elettronica e risponde o inoltra i messaggi ricevuti ad altre persone: compiendo questo atto così banale e comune sta in realtà realizzando una violazione del *copyright*: ogni riproduzione non autorizzata del testo scritto da altre persone è, difatti, vietato dalla legge. John il professore di diritto si reca successivamente in aula e distribuisce ai propri studenti una copia di un articolo di dottrina comparso su *internet* che commenta una recente sentenza della Corte Suprema. Seconda violazione della giornata: riproduzione non autorizzata di un’opera letteraria. Nel pomeriggio tiene la lezione sul rapporto tra letteratura e legge, ed inizia il proprio discorso narrando per intero all’uditorio il poema oggetto di studio. Ancora una volta John compie un’attività illecita, in particolare una lettura in pubblico non autorizzata di un’opera letteraria coperta da *copyright*. La giornata è quasi giunta al termine, e in serata il professore va alla festa di compleanno di un amico, cantando insieme agli altri la canzone di buon compleanno “Happy Birthday”²⁶¹ e filmando l’evento con la propria videocamera. Eccoci di fronte alle ultime violazioni della giornata: esecuzione non autorizzata dell’opera canora e riproduzione non autorizzata della stessa con mezzi audiovisivi.

Alla fine della giornata, John avrebbe violato il *copyright* di *email*, articoli di dottrina, poemi, composizioni musicali: una molteplicità di infrazioni che gli

²⁵⁹ J. TEHRANIAN, *Infringement Nation, Copyright Reform and the Law/Norm Gap*, 3 UTAH L. REV. 537 (2007), disponibile all’URL: <http://ssrn.com/abstract=1029151>.

²⁶⁰ TEHRANIAN, *ibidem*, cit., 543.

²⁶¹ Si tratta di un brano protetto da *copyright*. Il titolare dei diritti è la Time Warner.

costerebbero molto care se venisse rigorosamente perseguito dai titolari dei diritti²⁶². Tuttavia, si tratta di pratiche comunemente svolte da milioni di persone, ogni giorno nel mondo, e difficilmente li si definirebbe “ladri”, “pirati” o criminali. Il *gap* tra previsioni legislative e comportamento socialmente accettabile è davvero considerevole e, come si vedrà nel prossimo capitolo, è divenuto ancora maggiore con l'avvento e il successivo utilizzo massiccio delle tecnologia *peer-to-peer* e del *file-sharing* non autorizzato.

²⁶² La descrizione dettagliata dell'intera giornata di John, comprensiva di altri numerosi esempi di violazione, è riportata in TEHRANIAN, *Infringement Nation*, cit., 543-8.

CAPITOLO IV

IL CASO DEL *FILE-SHARING*:

RICONCILIARE *COPYNORMS* E *COPYRIGHT*

1. Reti *peer-to-peer* e *file-sharing*

*Copying laws are almost in the same category
as speed limit laws – people forget they are there.*

E.R. OETTINGER, *Copyright Laws and Copying Practices*, 1968

*Intellectual property is nothing more than a socially-recognized,
but imaginary, set of fences and gates.
People must believe in it for it to be effective.*

M.A. HAMILTON, *The TRIPS Agreement*, 1996

La discussione sulle *copynorms* ed in generale sul rapporto sussistente tra norme sociali e legge sul diritto d'autore assume particolare vigore in relazione al fenomeno del *file-sharing*, sorto grazie alla diffusione di *software* come *Napster*, *Kazaa* e simili. Per comprendere l'impatto destabilizzante di queste nuove tecnologie nei confronti del diritto d'autore, è utile illustrare alcuni concetti di base e riportare una breve storia del fenomeno e delle vicende che ruotano intorno ad esso.

Innanzitutto, con il termine *file-sharing* si intende la condivisione e lo scambio, attraverso *software* che operano sulle reti *peer-to-peer*, di opere protette dal diritto d'autore²⁶³. Le architetture *peer-to-peer* (denominate anche "P2P"),

²⁶³ È bene precisare come siano oggetto di condivisione anche le opere cadute in pubblico dominio, per le quali, lo scambio è consentito, nonché alcuni contenuti musicali, *film* e libri, volontariamente condivisi dai loro autori allo scopo di raggiungere un maggiore ampio spettro di diffusione.

sono strutture di comunicazione non gerarchiche, dove ciascun utente riveste una posizione paritaria rispetto agli altri e può condividere *files* con costoro direttamente, senza passare attraverso un sistema centralizzato (ogni terminale agisce sia da *client* che da *server*). Questo tipo di architettura si pone come alternativa rispetto al tradizionale modello di connessione di tipo gerarchico *client/server*, dove esiste un terminale centrale che fornisce i servizi (*server*) e una serie di terminali (*clients*) che devono collegarsi al *server* per ottenere tali servizi e condividere *files* e risorse²⁶⁴.

Oggi, quando pensiamo alle reti *peer-to-peer*, subito saltano alla mente gli utilizzi illeciti che vengono compiuti attraverso di esse²⁶⁵. A ben vedere, tuttavia, il concetto che sta dietro alle reti P2P non è affatto nuovo, in quanto affonda le proprie radici nel periodo della nascita di *internet*. Furono difatti le esigenze di condivisione di risorse, che spinsero i ricercatori del Massachusetts Institute of Technology (MIT) a sviluppare il precursore di *internet* così come lo conosciamo oggi: ARPANET. In questa rete, i singoli individui si collegavano reciprocamente per condividere informazioni, e qualsiasi coppia di nodi poteva scambiarsi pacchetti di dati senza dover interagire con un terminale centrale. Gran parte del traffico *internet* attuale è di tipo P2P: non solo per via dei programmi di *file-sharing*, ma anche per le altre molteplici applicazioni che sfruttano questa architettura così efficace: su tutti si pensi ai servizi FTP e Telnet²⁶⁶, diffusissimi nell'ambito della gestione dei siti *web* e del controllo remoto di *server* di rete.

²⁶⁴ Cfr. D.W. OPPERBECK, *Peer-to-Peer Networks, Technological Evolution, and Intellectual Property Reverse Private Attorney General Litigation*, 20 BERKELEY TECH. L. J. 1685, 1696 (2005), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=764825>.

²⁶⁵ La tecnologia è di per sé neutrale. Non esiste una tecnologia buona o una tecnologia cattiva, semmai questa può essere migliore o peggiore.

²⁶⁶ FTP sta per *File Transfer Protocol* ed è uno dei primi protocolli che ha sfruttato l'architettura P2P per la trasmissione e la condivisione dei dati. Telnet è un protocollo molto utilizzato soprattutto nell'ambiente UNIX per stabilire una connessione interattiva ad un servizio dislocato su un *server* di rete.

2. *Copyright Wars*: Napster e le strategie di deterrenza

Shawn Fanning, studente americano diciannovenne, diede avvio alla rivoluzione del *file-sharing* quando, nel 1999, rilasciò il noto *software* “Napster”. L’idea in sé era semplice quanto rivoluzionaria: creare un programma che, sfruttando le potenzialità dell’architettura P2P, consenta a chiunque lo utilizzi di condividere in *internet* i *files* musicali archiviati sul proprio *computer*, per scambiarli con quelli condivisi dagli altri utenti. Una volta installato, il programma catalogava i *files* musicali presenti nella cartella scelta dall’utente e li registrava in un *database* sul *server* centrale di Napster. Il *software*, inoltre, consentiva poi agli utenti registrati di effettuare una ricerca in tale *database* e scaricare il *file* desiderato sul proprio computer grazie ad una connessione diretta tra i terminali dell’utente che ospitava il *file* e dell’utente richiedente.

Napster innescò un fenomeno sociale senza precedenti: nel giro di poco tempo sono milioni sono gli utenti che si registrano ed utilizzano questo innovativo *software*, che mette nelle loro mani uno strumento semplice e conveniente per scaricare centinaia di opere musicali e soddisfare il desiderio di musica. Il modo in cui i contenuti digitali sono distribuiti cambierà per sempre. Una nuova guerra stava per nascere, con l’industria dell’intrattenimento da un lato, e milioni di consumatori dall’altro.

2.1 Azioni giudiziarie contro i produttori di software P2P: A&M Records Inc. v. Napster Inc.

Napster aveva però un punto debole: non era una struttura *peer-to-peer* pura, in quanto utilizzava un sistema di *server* centrali che mantenevano aggiornata la lista dei sistemi connessi e dei vari *files* condivisi, mentre il *download* vero e proprio avveniva tramite collegamento diretto tra utenti. Questo particolare *design* dell’architettura di rete fu l’appiglio al quale le case

discografiche fecero presa per reagire contro lo scambio non autorizzato di *files* protetti dal *copyright*.

La battaglia legale iniziò poco dopo il rilascio del *software*. Nel dicembre 1999 l'A&M Records ed altre case discografiche citarono in giudizio la società Napster Inc., per aver indirettamente contribuito alla violazione del *copyright* (*vicarious liability or contributory infringement*²⁶⁷) dei brani musicali scambiati in Rete attraverso il loro *software*, chiedendo un'azione inibitoria nei suoi confronti. Il giudice diede ragione alle case discografiche: la Corte d'appello del Nono circuito condannò definitivamente Napster²⁶⁸, in quanto attraverso la fornitura del *software*, la messa a disposizione del motore di ricerca e degli strumenti per consentire il collegamento diretto tra gli utenti, essa sapeva o avrebbe dovuto sapere il tipo di utilizzo della rete P2P e per questo motivo è responsabile di aver contribuito materialmente alla violazione del *copyright* delle opere musicali scambiate sulla rete stessa²⁶⁹. La Corte ordinò a Napster di adoperarsi per bloccare il *download* di *files* protetti da *copyright* e per fare ciò la società installò dei filtri di ricerca che impedivano agli utenti di trovare risultati utili a fronte di ricerche aventi ad oggetto materiale protetto dal diritto d'autore: questo determinò essenzialmente la morte di Napster, che nel 2002 cessò definitivamente l'attività.

2.2. Morto un Napster se ne fa un altro: i software di seconda e terza generazione

Alla chiusura di Napster non seguì la fine del *file-sharing*, anzi, negli anni successivi fiorirono decine di protocolli e *software* P2P alternativi, ai quali aderirono milioni di consumatori, anche grazie alla eco prodotta dalla vicenda giudiziaria e dai *media*. Gli utenti che già aderivano alla *copynorm* sviluppatasi con

²⁶⁷ In base a questo istituto è possibile imputare una responsabilità indiretta a quel soggetto che, conoscendo l'attività illecita induce, causa o contribuisce materialmente alla condotta illecita di un altro soggetto.

²⁶⁸ *A&M Records Inc. v. Napster Inc.*, 239 F.3d 1004, 1020, 1024 (9th Circ. 2001).

²⁶⁹ Cfr. STRAHILEVITZ, *Charismatic Code*, cit., 513-5.

Napster non fecero altro che discutere nei *forum* ed utilizzare Napster stesso e la comunità che diede vita come strumento promotore delle reti di *file-sharing* alternative. I nuovi programmi furono sviluppati in modo tale da essere dei P2P c.d. puri, dove gli utenti possono scambiare *files* di ogni genere (non più solo MP3 ma anche fotografie, file di testo, filmati) direttamente e senza bisogno di dover contare su un *server* gestito da un'impresa intermediaria. Due furono le reti P2P decentralizzate che presero subito piede dopo la chiusura di Napster: la rete FastTrack (utilizzata da *software* come KaZaA e Grokster) e la rete Gnutella (utilizzato da Bearshare, Gnucleus e Limewire).

La caratteristica comune di questi sistemi di seconda generazione è la loro architettura di tipo decentralizzato: si tratta di reti P2P c.d. pure, le quali, come accennato precedentemente, non utilizzano un *server* centrale come accadeva con Napster, ma contano sull'operato dei singoli *computers* (*peers*) collegati alla rete e che agiscono come dei *mini-server*. In questo modo si crea una struttura distribuita molto stabile dal punto di vista tecnico e difficilmente attaccabile da un punto di vista legale: non esiste, infatti nessun intermediario da portare sul banco degli imputati, perché FastTrack e Gnutella non sono altro che protocolli di rete, delle tecnologie: pura informazione.

Come specificato poc'anzi, questi protocolli costituiscono il circuito comunicativo per l'operare di diversi *software* i quali consentono, tramite interfacce grafiche *user-friendly*, di ricercare le opere dell'ingegno di proprio interesse e scaricarle dai *computer* degli altri utenti che usano la stessa tipologia di protocollo. Per la rete Gnutella, ad esempio, sia che si utilizzi il *software* Bearshare piuttosto che Limewire, mi collegherò sempre alla stessa rete P2P. È un po' come accade con i vari *browser internet* disponibili: si può usare Internet Explorer, Firefox, Google Chrome o altri ma l'infrastruttura su cui ci si connette è sempre la stessa, cioè il *World Wide Web*. Questa molteplicità di *software* rende ancora più difficile la vita delle industrie dell'intrattenimento che vogliano bloccarne l'operatività. Questo perché la comunità di *file-sharers* e di programmatori ha raggiunto dimensioni enormi, e alla chiusura di un singolo *software* se ne rilasciano altre decine che utilizzano gli stessi protocolli.

2.3. La lotta continua: il caso Grokster e il caso Limewire

A fronte del proliferare di questi nuovi *software* e del sempre maggior numero di persone che ne fanno uso, la RIAA (l'associazione americana dell'industria discografica) continuò la sua crociata contro la pirateria, cercando di tagliare la testa al fenomeno combattendo nelle aule dei tribunali.

Nel 2003 la RIAA citò in giudizio l'azienda Grokster Ltd., produttrice dell'omonimo *software* di *file-sharing*, operativo sulla rete P2P FastTrack, per violazione indiretta del *copyright*. Il caso giunse due anni dopo fino alla Corte Suprema federale, la quale rovesciò la decisione d'appello del Nono circuito e condannò i produttori del *software* per induzione alla violazione del *copyright* (*inducement of direct infringement*)²⁷⁰. La Corte sostenne che la società Grokster volesse di fatto diventare l'erede di Napster, dimostrando che il suo intento fosse quello di indurre gli utenti alla violazione del *copyright*²⁷¹. Questa decisione ebbe un grosso riverbero nel mondo dei produttori di *software* P2P, i quali, forse intimoriti dal rischio di vedere sfumare il proprio *business* e dover sborsare milioni di dollari di risarcimento danni, conclusero in gran numero accordi transattivi con la RIAA²⁷².

Un altro celebre caso di vittoria nelle aule giudiziarie è relativo al *software* Limewire, operativo sulla rete Gnutella. La causa, iniziata nel 2006, vide contrapposti i produttori del *software* e tredici società discografiche, capitanate dalla Arista Records. La sentenza definitiva²⁷³, giunta solo nel 2010, è di condanna ed è simile a quella del caso Grokster: violazione del *copyright* nei termini di un concorso indiretto, nonché induzione al compimento di tali

²⁷⁰ Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster Ltd., 125 S.Ct. 2764 (2005).

²⁷¹ G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, Bologna, 2002, 178.

²⁷² Cfr. F. OBERHOLZER-GEE, K. STRUMPF, *File Sharing and Copyright*, in LERNER J., STERN S. (ed), *Innovation Policy and the Economy*, Cambridge, 2010, 26, disponibile all'URL: <http://www.nber.org/chapters/c11764>.

²⁷³ Cfr. Arista Records LLC v. Lime Group LLC, 715 F. Supp. 2d 481 (2010), disponibile all'URL: <http://docs.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2006cv05936/288038/216> (ultima visita: giugno 2012).

violazioni. Anche questa sentenza fece chiudere i battenti ad un'azienda produttrice di *software*, ma la comunità *cybernetica* prese immediatamente delle contromisure: dopo solo due giorni dalla pronuncia giudiziale, infatti, un *hacker* dal soprannome "Meta Pirate" rilasciò una versione alternativa del programma, chiamato "LimeWire Pirate Edition", distribuito dai numerosi canali di *file-sharing* che nel corso degli anni si sono sviluppati.

Ben presto subentrarono sulla scena reti P2P di terza generazione, come eDonkey (utilizzata da svariati *software*, tra i quali il tuttora operativo eMule), le quali svilupparono ulteriormente il concetto di rete P2P pura, elevandolo ad architettura interamente distribuita, dove ogni singolo nodo della rete è di per sé un *server* a tutti gli effetti. Molti di questi nuovi programmi erano *open source*, quindi disponibili gratuitamente su *internet* e il cui codice sorgente era visibile a tutti, rendendo potenzialmente alla portata di qualunque programmatore l'ideazione di versioni alternative, non appena quelle precedenti dovessero essere censurate da parte del braccio violento della legge.

2.4. RIAA vs. tutti: le azioni giudiziarie contro i consumatori

A fronte dei cambiamenti architettureali delle reti P2P, che resero l'*enforcement* del diritto d'autore più difficoltoso e complicato, l'industria dell'intrattenimento tentò nuove strade e, a fianco delle cause contro i produttori dei *software* P2P, che pur andarono avanti, iniziò a citare in giudizio i singoli utilizzatori, realizzando congiuntamente una massiccia campagna pubblicitaria volta a porre fine allo scambio illegale di opere protette dal diritto d'autore.

L'intento della RIAA fu di inculcare nelle persone una *copynorm pro-copyright*, e lo fa dando avvio ad una molteplicità di azioni giudiziarie nei confronti dei singoli fruitori dei *software* di *file-sharing*²⁷⁴.

²⁷⁴ In una campagna pubblicitaria sul sito della RIAA, nel 2003, la pirateria veniva definita, in maniera un po' pittoresca, con queste parole: "No black flags with skull and crossbones, no

Il giorno 8 settembre 2003 la RIAA citò in giudizio 261 persone, presunti “pirati” informatici colpevoli di avere scaricato materiale protetto dal diritto d’autore attraverso programmi di *file-sharing*. Le azioni giudiziarie individuali proseguirono fino al 2008: in 5 anni furono circa 35.000, spesso conclusesi con un accordo transattivo di poche migliaia di euro²⁷⁵.

La strategia adottata dalla RIAA ebbe conseguenze catastrofiche da un punto di vista delle relazioni pubbliche e dell’immagine dell’industria musicale: molte delle persone colpite dalle azioni giudiziarie sembravano essere state scelte in maniera casuale ed includevano una ragazza di appena 12 anni, un anziano che sapeva appena utilizzare la posta elettronica e una persona defunta²⁷⁶. Da parte loro, poi, i vari *software* P2P si sono evoluti per proteggere l’identità dei loro utenti, mascherando gli indirizzi IP e quindi incrementando l’anonimato.

Questa tenacia con cui la RIAA ha portato avanti la sua campagna anti-pirateria ha avuto effetti men che commendevoli, ed è di certo lontana da aver raggiunto risultati misurabili in termini di riduzione dell’attività di *file-sharing*. Il risultato è stato quello di rafforzare il risentimento che molti di coloro che scaricano illegalmente avevano nei confronti di un’industria, quella musicale, da tempo considerata come esclusivamente orientata al profitto.

3. Inefficacia delle strategie di *enforcement* basate esclusivamente sulla deterrenza legale

*No law can be successfully imposed
on a huge population that does not morally support it
and possesses easy means for its invisible evasion*

cutlasses, cannons, or daggers identify today’s pirates. You can’t see them coming; there’s no warning shot across your bow. Yet rest assured the pirates are out there because today there is plenty of gold (and platinum and diamonds) to be had.” Cfr. il sito della RIAA, versione 2003, visualizzabile tramite *Internet Archive* all’URL: <http://web.archive.org/web/20030623230852/http://www.riaa.com/issues/piracy/default.asp> (ultima visita: giugno 2012).

²⁷⁵ Cfr. OPDERBECK, *Peer-to-Peer Networks*, cit., 1701-8.

²⁷⁶ Cfr. “RIAA settles with 12-year-old girl”: http://news.cnet.com/RIAA-settles-with-12-year-old-girl/2100-1027_3-5073717.html e “RIAA v. The People”. Four Years Later, The Electronic Frontier Foundation Paper, disponibile all’URL: http://w2.eff.org/IP/P2P/riaa_at_four.pdf (ultima visita: giugno 2012).

Sulla base di quanto riportato nei paragrafi precedenti, emerge chiaramente che le strategie di deterrenza adottate dall'industria dell'intrattenimento per contrastare lo scambio di illecito di opere protette dal diritto d'autore hanno avuto poco o punto successo. La tecnologia che sta dietro al *file-sharing* ha continuato ad evolversi senza sosta, in varianti e fogge sempre differenti²⁷⁷ e lo scambio non autorizzato di contenuti protetti da *copyright* è diventato più popolare che mai.

Le motivazioni che stanno dietro a queste campagne di deterrenza sembrano essere legate alla disperazione di non saper come affrontare un fenomeno dilagante e dalle proporzioni enormi. Nonostante le vittorie nelle aule giudiziarie e i successi a livello di modifiche legislative, è la violazione del *copyright*, più che il suo rispetto, a continuare ad essere la norma diffusa tra gli utenti di *internet*. Da ciò la necessità di capire quali siano le caratteristiche delle strategie di tipo deterrente e perché non siano idonee per risolvere appieno il dilemma del *file-sharing* illegale.

Se ci si chiede per quale motivo la pratica di scambio illegale di opere protette dal diritto d'autore sia così diffusa, la prima risposta che immediatamente pare logica è riconducibile alla teoria della scelta razionale: l'individuo razionale, nell'ottica di massimizzazione dei benefici e minimizzazione dei costi, sceglierà di scaricare un *file* dalla rete P2P se il rischio di essere scoperto e perseguito dalla legge è inferiore al beneficio che egli potrebbe trarre dall'attività di scaricamento del *file* medesimo.

Le strategie di deterrenza fanno leva proprio su questo: incrementare il costo che l'agente deve sostenere per violare la norma giuridica (cioè il rischio che sia scoperto e punito). Questo avviene attraverso la minaccia di sanzioni,

²⁷⁷ Si rimanda alla interessante pagina di Wikipedia dedicata ad una *timeline* del *file-sharing*. Un elenco cronologicamente ordinato delle principali innovazioni tecnologiche e alcune vicende giudiziarie che hanno caratterizzato il fenomeno dalle origini fino ad oggi. Disponibile all'URL: http://en.wikipedia.org/wiki/Timeline_of_file_sharing (ultima visita: giugno 2012).

irrogate da parte dello Stato in caso di inosservanza della legge, allo scopo di dissuadere gli individui dal tenere una determinata condotta indesiderata. Per questi motivi, la legge e le autorità agiscono in modo tale da creare un rischio credibile che il trasgressore sia catturato e punito. L'inefficacia di questo tipo di strategie deriva principalmente dal fatto che esse non tengono conto delle molteplicità di condizioni che influiscono sulle decisioni delle persone. Questi fattori, molto spesso, hanno una capacità persuasiva molto più incidente rispetto al timore dell'applicazione di sanzioni legali²⁷⁸.

Un primo fattore che interferisce con l'effettività delle strategie di deterrenza è la difficoltà di riuscire a persuadere i potenziali trasgressori che il rischio di essere scoperti sussiste ed è elevato. Per ottenere questo risultato, bisogna anzitutto assicurarsi che le persone conoscano la legge che si vuole far rispettare e ne comprendano il contenuto. A questo si aggiunga che generalmente le persone tendono ad essere eccessivamente ottimiste in ordine alle loro possibilità di essere scoperti dalle autorità. Il risultato di questi fattori è ciò per cui, ad un aumento consistente dell'*enforcement* o dell'entità delle sanzioni, non consegue necessariamente un aumento altrettanto consistente del rispetto della legge²⁷⁹.

Prova di questo è proprio la massiccia campagna di azioni giudiziarie esaminata precedentemente, dato che a fronte di decine di migliaia di cause intraprese, il numero di coloro che utilizzano i programmi di *file-sharing* non ha fatto che aumentare. L'istituto di ricerca Big Champagne ha dimostrato come il totale complessivo di traffico sulle reti P2P sia duplicato tra il mese di settembre 2003 (quando furono intentate le prime azioni giudiziarie da parte della RIAA nei confronti dei privati cittadini) e il mese di giugno 2005. Lo stesso dicasi per il numero di utenti simultaneamente collegati alla rete P2P: si è passati dai circa 4,3 milioni di utenti del settembre 2003 agli 8,9 milioni del

²⁷⁸ T.R. TYLER, *Compliance with Intellectual Property Laws: A Psychological Perspective*, 29 N.Y.U. J. INT'L L. & POL. 219 (1997).

²⁷⁹ V. SCHULTZ, *Copynorms: Copyright Law and Social Norms*, cit., 35.

giugno 2005, con un incremento continuo (nel 2006 si contavano 10 milioni di utenti)²⁸⁰.

Questa constatazione statistica ci porta ad illustrare un secondo fattore che rende questo tipo di strategie poco efficaci. Si tratta delle c.d. *sticky norms*, fenomeno formulato dal professor Dan Kahan. Quando determinate norme sociali riguardanti un certo comportamento non coincidono con quanto previsto dalla legge, come accade nel caso delle *copynorms* in materia di *file-sharing*, si può verificare un effetto indesiderato, nel senso che le persone reagiscono all'attività di massiccio *enforcement* cercando di resistere ad ogni tipo di manipolazione delle pratiche sociali instauratesi nella comunità di riferimento²⁸¹.

Un terzo fattore d'inefficacia, è quello per cui le persone sono guidate maggiormente dalle norme sociali, più che dalla legge, nel prendere le loro decisioni. Pertanto una soluzione al dilemma del *file-sharing* potrebbe essere proprio quella di cercare adottare delle misure e delle politiche volte a trasformare le *copynorms pro- file-sharing*, attualmente diffuse, in *copynorms pro-copyright*²⁸².

A questo punto una domanda sorge spontanea. Se le strategie di deterrenza sono così inefficaci, qual è il ruolo che gli si può effettivamente attribuire? E soprattutto, come mai la maggior parte delle persone obbedisce in generale alle leggi? In realtà queste strategie, per quanto scarsamente efficaci, non lo sono mai del tutto. Per molte persone, infatti, l'esistenza di una legge che proibisce un certo comportamento funge da sola come elemento che lo porta a rispettarla. Altre persone invece hanno, per così dire, una soglia di sopportazione molto bassa, nel senso che non tollerano il rischio benché minimo di essere scoperti nel commettere un atto illecito. La legge, poi, svolge una funzione espressiva: il suo contenuto spesso influenza il modo in cui si atteggianno le norme sociali, segnalando ciò che è giusto e ciò che è sbagliato.

²⁸⁰ V. "RIAA v. The People". Four Years Later, cit., 11.

²⁸¹ Cfr. D.M. KAHAN, *Gentle Nudges vs. Hard Shoves: Solving the Sticky Norms Problem*, 67 U. CHI. L. REV 607 (2000).

²⁸² Si tratta di un argomento sul quale si ritornerà più avanti in questo capitolo.

Autorevole dottrina, infatti ha richiamato questo concetto definendolo “expressive function of law”, riferendosi con ciò alla capacità degli enunciati legislativi di esprimere dei principi normativi e simbolizzare i valori della società²⁸³.

Per questi motivi, anche questo tipo di strategie trovano il loro spazio, avendo l'importante compito di creare una sorta di area non-zero di *enforcement*, di segnalare alle persone che una specifica legge esiste e che le autorità la vogliono far valere, e che seppur minimale, esiste il rischio di essere scoperti e perseguiti dalla legge. Questo è il compito delle strategie di deterrenza: far sentire la presenza della legge, agire nei confronti della psiche umana dispiegando e rendendo note le punizioni in cui si incorre se non la si osserva²⁸⁴.

Se si analizza il modo in cui la RIAA ha condotto la propria campagna di *enforcement*, nel tentativo di inculcare delle pratiche rispettose del diritto d'autore, va constatato come un certo merito non possa non essergli attribuito. Le azioni giudiziarie intraprese dalla RIAA hanno determinato come principale effetto quello di rendere noto alla generalità delle persone che lo scambio non autorizzato di opere musicale è vietato e che sussiste il rischio di essere perseguiti dalla legge. Detto questo, la possibilità concreta di essere citati in giudizio è ridottissima, ma per una larga parte delle persone questo è stato sufficiente per dissuaderli dal proseguire con l'attività di *file-sharing* non autorizzato²⁸⁵.

²⁸³ Cfr. MCADAMS, *The Origin, Development, and Regulation of Norms*, cit., 398: “of course, law alters behavior when the state threatens to enforce its rules, at least ultimately, by force. But law also expresses normative principles and symbolizes societal values, and these moralizing features may affect behavior”.

²⁸⁴ Cfr. T.R. TYLER, *Why People Obey the Law?*, New Heaven, 1990, *passim*.

²⁸⁵ Per fare un esempio su tutti, è utile riportare il messaggio pubblicato sul sito di Grokster successivamente alla sua chiusura: “The United States Supreme Court unanimously confirmed that using this service to trade copyrighted material is illegal. Copying copyrighted motion picture and music files using unauthorized peer-to-peer services is illegal and is prosecuted by copyright owners. There are legal services for downloading music and movies. This service is not one of them. YOUR IP ADDRESS IS 95.48.143.152 AND HAS BEEN LOGGED. Don't think you can't get caught. You are not anonymous”. Un chiaro messaggio intimidatorio, potenzialmente capace di persuadere molte persone, soprattutto quelle predisposte naturalmente all'osservanza della legge.

D'altro canto, le strategie di deterrenza portate avanti dalla RIAA hanno certamente avuto anche effetti indesiderati, nei termini di un rafforzamento della norma sociale descrittiva *pro-file-sharing*. Pubblicizzando nelle loro campagne pubbliche il fatto che sono milioni i pirati che scaricano *files*, arrecando un danno irreparabile all'industria musicale, l'immagine che si trasmette è quella per cui tutti lo fanno, è la normalità, e questo induce altri a tenere lo stesso comportamento.

4. Le *copynorms* in materia di *file-sharing*

Come si è puntualmente rilevato nel paragrafo precedente, i tentativi di arginare lo scambio non autorizzato su *internet* di opere protette da *copyright* si sono rivelati fallaci. Contrariamente alla severità della legge sul *copyright* ed al susseguirsi dei casi giudiziari, il *file-sharing* non autorizzato continua ad essere un fenomeno dilagante e ben radicato tra milioni di persone. Diverse ricerche confermano l'estensione eccezionale di questo fenomeno²⁸⁶. Sono miliardi i *files* musicali scaricati ogni mese e milioni le persone che si vanno ad aggiungere anno dopo anno a questa comunità virtuale di scambio, dimostrando l'enorme *gap* esistente tra quanto stabilito dalla legge e le norme sociali.

Difatti, da un lato vi è la legge, la quale proibisce la pratica del *file-sharing*, condannandola con fermezza. Dall'altro lato, invece, sussistono norme sociali (*copynorms*) particolarmente permissive su questo aspetto, in quanto considerano le pratiche di *file-sharing* socialmente e moralmente accettabili. Le persone sono convinte che non ci sia nulla di male nel *file-sharing*, e non badano al fatto che le opere scaricate siano protette da *copyright*²⁸⁷.

In buona sostanza, vi sono gli elementi per poter affermare la sussistenza di una norma sociale di tipo descrittivo, che considera socialmente e moralmente accettabile lo scambio non autorizzato di musica (ed altro

²⁸⁶ FELDMAN, NADLER, *Expressive Law and File Sharing Norms*, cit., 6.

²⁸⁷ Cfr. OPDERBECK, *Peer-to-Peer Networks*, cit., 1711.

materiale protetto dal diritto d'autore). Restano da capire quali sono i motivi di questo comportamento così divergente dal dettato legislativo, e le ragioni per le quali molte di queste persone, mentre non oserebbero mai commettere piccole infrazioni, per converso sembrano non avere nessuno scrupolo a scaricare dalla Rete l'ultimo album di Madonna.

4.1. Influenze motivazionali e comportamento contrario alla legge

Molteplici sono le risposte che è possibile dare al quesito in ordine al motivo per cui il fenomeno del *file-sharing* ha preso piede così velocemente e ampiamente. Yuval Feldman e Janice Nadler, in particolare, hanno efficacemente illustrato una serie di influenze motivazionali relative a questo comportamento contrario alla legge²⁸⁸.

Tra queste, si consideri innanzitutto la difficoltà nel considerare illecita l'appropriazione di un bene intangibile, smaterializzato. Molte campagne pubblicitarie portate avanti dall'industria dell'intrattenimento tendono ad equiparare lo scambio di opere protette da *copyright* al furto: celebre lo *spot* antipirateria che equiparava il *download* di *film* da *internet* al reato di furto²⁸⁹. In realtà non c'è nulla di più sbagliato nel compiere tale accostamento: il furto ha ad oggetto beni materiali e se qualcuno si appropria di un bene fisico nel mondo "reale", questo comporta necessariamente la privazione del possesso di tale bene ad un altro individuo. I beni intangibili, invece, non sono suscettibili di privazione nel senso di cui sopra, poiché essendo connotati dall'immaterialità, è possibile un loro utilizzo simultaneo senza che questi subiscano alcuna forma di deterioramento e senza che taluno ne venga privato.

La natura della c.d. pirateria musicale, considerata come reato, è del tutto differente dalle tipologie tradizionali di illeciti penali. A differenza di

²⁸⁸ FELDMAN, NADLER, *ibidem*, cit., 8.

²⁸⁹ Lo *spot* recitava: "non ruberesti mai un'auto, non ruberesti mai una borsa, non ruberesti mai un televisore, non ruberesti mai un film: scaricare da internet film piratati è come rubare. Rubare è contro la legge.

quest'ultimi, invero, nello scambio di materiale protetto da *copyright* non è apparentemente identificabile nessuna vittima, né danni cagionati a qualcuno.

Un altro fattore che influenza le decisioni sul rispettare o meno la legge sul *copyright* è collegato al concetto di *internet* come enorme calderone dove tutto è alla portata di un *click* e disponibile gratuitamente. Soprattutto le nuove generazioni, i c.d. nativi digitali, non hanno mai avuto tra le mani un CD o una musicassetta, e quindi scaricare musica da *internet* rappresenta un'operazione quasi naturale, logica, discendente da una cultura della gratuità e della condivisione proprie del *Web*.

Le numerose innovazioni tecnologiche, del resto, hanno ridotto il costo delle operazioni di *file-sharing*. I *computer* sono diffusi quasi in ogni casa, le connessioni *internet* sono ormai velocissime e di tipo forfettario, quindi senza costi legati alla quantità di dati inviati e ricevuti, e il livello di alfabetizzazione informatica è in continuo aumento. Per moltissime persone scaricare musica da *internet* è il modo più semplice e conveniente per accedere a tale forma di arte. Sulle reti P2P è possibile trovare ogni tipo di canzone, sia brani nuovi che canzoni magari nemmeno più disponibili in commercio. Perché comprare un intero CD quando interessano solo un paio di canzoni dell'intero album? Vero è che oggi le alternative legali sono molteplici, e sicuramente iniziative come iTunes Store hanno contribuito a ridurre sensibilmente il fenomeno, per lo meno per coloro che preferiscono scegliere la via legale quando questa sia disponibile e parimenti immediata come quella offerta dai programmi di *file-sharing*.

In effetti, è bene sottolineare come non tutto il male viene per nuocere. Ci sono moltissime persone che scaricano musica non già per risparmiare il costo dell'acquisto, bensì per rintracciare, appunto, dei brani musicali che non esistono più in commercio o che sono difficilmente acquistabili. Tante altre persone, invece, utilizzano i sistemi di *file-sharing* come una sorta di sistema di valutazione della qualità dei brani: scaricano una canzone di un album e poi, se è gradita, comprano il CD o lo scaricano attraverso i canali di distribuzione legali.

A ben vedere, il problema è particolarmente esacerbato per quanto riguarda le opere musicali. Ormai nessuno utilizza i lettori CD, tanto meno le musicassette e tra *teen-ager* e adulti troneggiano lettori musicali digitali MP3 capaci di contenere anche decine di migliaia di canzoni. Su tali dispositivi vengono caricate canzoni in formato digitale, spesso migliaia di brani. Per questo motivo il dilemma del *file-sharing* colpisce maggiormente l'industria musicale. Ormai sono poche le persone a cui interessa avere ancora il CD con copertina e quant'altro, non fornisce alcun *plus* rispetto al corrispettivo digitale, quindi tanto vale scaricare il brano da *internet*.

Per le altre opere dell'ingegno, che hanno pure subito processi di smaterializzazione, il discorso muta leggermente²⁹⁰. I *film* in formato digitale, ad esempio, non hanno la stessa qualità dei DVD o dei blu-ray ad alta definizione. A meno di non acquistare dispositivi specifici, inoltre, i *film* scaricati dalla rete possono vedersi quasi esclusivamente sullo schermo del *computer*. L'industria cinematografica può contare, pertanto, sul fatto che la qualità non ha ancora raggiunto gli stessi standard che hanno gran parte degli MP3 caricati sulla rete, e questo rende meno appetibile, quanto meno per i cinefili, lo scambio non autorizzato di questo tipo di contenuti digitali.

Lo stesso discorso può compiersi, almeno per ora, per gli *e-book* (libri digitali). Ancorché negli ultimi anni si stiano diffondendo, anche in Italia, appositi dispositivi che rendono la lettura dei libri digitali parificabile all'esperienza che solo la carta stampata può dare (vedi ad esempio l'Amazon Kindle), molte persone sono ancora legate ai libri cartacei.

Tornando alle motivazioni che spingono gli individui ad optare per l'aderenza ad una *copynorm anti-copyright* anziché *pro-copyright*, diverse ricerche hanno mostrato come tra gli utenti delle reti P2P si registri una scarsa propensione a considerare la loro attività come illegale, ritenendola un semplice atto di condivisione di risorse²⁹¹. Questa convinzione è ancora maggiore in quei soggetti che magari hanno acquistato legalmente delle opere musicali, ad

²⁹⁰ Cfr. P.K. YU, *P2P and the Future of Private Copying*, 76 U. COLO. L. REV. 653, 695 (2005), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=578568>.

²⁹¹ FELDMAN, NADLER, *Expressive Law and File Sharing Norms*, cit., 6.

esempio dei CD, e scelgono in seguito di “riappare” tali CD, cioè estrarne il contenuto e trasformarlo in *file* digitali da condividere sulla rete con gli altri: trattandosi di un’opera che ho regolarmente acquistato, perché non potrei utilizzarla come meglio credo?

Un ultimo fattore d’influenza motivazionale è dato dalla scarsa percezione di legittimità della legge sul *copyright* in generale e dalla diffusa convinzione che quest’ultima, più che fungere da incentivo alla creatività e come sostegno per gli autori e musicisti, non sia altro che uno strumento per rimpinguare le casse delle *major* discografiche. Uno degli argomenti chiamati spesso a giustificazione dell’attività di *file-sharing*, per esempio, è l’elevato costo dei Compact Disc ed in generale delle opere musicali, nonché della diffusa convinzione che le etichette discografiche sfruttino commercialmente i musicisti, poiché questi ultimi spesso non ricevono nulla dei proventi relativi alla vendita dei CD musicali, nel migliore dei casi una quota insignificante. Frasi ricorrenti nelle interviste sono quelle del tipo: “se i soldi pagati per acquistare un CD o degli MP3 andassero nelle tasche dell’artista, mi farei più scrupoli nello scaricare illegalmente le sue canzoni. Ma così non è, le case discografiche hanno sfruttato abbastanza gli artisti e hanno soldi a sufficienza”²⁹².

Ancora oggi, dopo quasi quindici anni, appaiono sempre attuali le parole di Lord Templeman pronunciate nel caso giudiziario “Amstrad”. La sua saggezza riecheggia da un’epoca pre-digitale, dove tuttavia i problemi erano simili a quelli che si devono fronteggiare oggi e le conclusioni a cui si giunse, in maniera sorprendentemente lungimirante, erano le seguenti:

“Dal punto di vista della società l’attuale situazione è deplorabile. Milioni di riproduzioni non autorizzate di contenuti protetti da *copyright* sono compiute ogni anno nelle mura domestiche. Alcuni trasgressori violano la legge semplicemente perché la ignorano, nonostante le massicce campagne pubblicitarie e gli avvisi posti su

²⁹² FELDMAN, NADLER, *ibidem*, cit., 11. Una reazione, quindi, al comportamento spesso scorretto attribuito all’industria musicale che le azioni giudiziarie portate avanti dalla RIAA nell’ultimo decennio non hanno contribuito a migliorare. Quanto meno non hanno incrementato lo *standard* di vita degli artisti e contribuito ad incoraggiarne la creatività.

ogni disco, nastro o film. Alcuni di loro, invece, violano la legge perché ritengono che le probabilità di essere scoperti siano pressoché inesistenti. Altri perché ritengono che le industrie discografiche e dell'intrattenimento mostrino tutte le caratteristiche di un monopolio indesiderabile – spese sontuose, guadagni stravaganti e profitti esorbitanti – e che la copia domestica su nastro (*blank tape*) sia l'ultima risorsa contro ulteriori aumenti dei prezzi dei dischi²⁹³. Qualunque sia la ragione della copia domestica, il ritmo di Sergeant Pepper e i crescendo del Miserere provenienti da copie illegali sono molto più potenti di ogni istinto di rispetto per la legge e di ogni rimorso di coscienza. Quando una legge viene trattata con tale disprezzo dovrebbe essere modificata o abrogata²⁹³.

4.2. *L'influenza carismatica dei software peer-to-peer*

Lior Strahilevitz, professore di diritto dell'Università di Chicago, ha cercato di fornire un'ulteriore spiegazione del motivo per il quale lo scambio non autorizzato di opere protette da *copyright* sia divenuto così virulento sulle reti P2P²⁹⁴.

Egli pone in risalto l'elevato tasso di cooperazione che sussiste in questo tipo di comunità *online*. *File-sharing*, infatti, significa condivisione di file: gli utenti non si limitano a scaricare giornalmente contenuti protetti messi a disposizione, a loro volta, da altri utenti, ma si prodigano a caricare materiale per metterlo a disposizione dell'intera comunità. Tuttavia, di per sé nessuno è obbligato a condividere: chiunque potrebbe semplicemente aprire il *software* di

²⁹³ Libera traduzione dall'inglese di un passo della sentenza *Amstrad*, il cui testo originale è il seguente: "From the point of view of society the present position is lamentable. Millions of breaches of the law must be committed by home copiers every year. Some home copiers may break the law in ignorance, despite extensive publicity and warning notices on records, tapes and films. Some home copiers may break the law because they estimate that the chances of detection are nonexistent. Some home copiers may consider that the entertainment and recording industry already exhibit all the characteristics of undesirable monopoly - lavish expenses, extravagant earnings and exorbitant profits - and that the blank tape is the only restraint on further increases in the prices of records. Whatever the reason for home copying, the beat of Sergeant Pepper and the soaring sounds of the Miserere from unlawful copies are more powerful than law-abiding instincts or twinges of conscience. A law which is treated with such contempt should be amended or repealed". Cfr. *CBS Songs Ltd v Amstrad Consumer Electronics Plc* [1988] AC 1013, disponibile all'URL: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1988/15.html>.

²⁹⁴ Cfr. STRAHILEVITZ, *Charismatic Code*, cit., 534 ss.

file-sharing, cercare l'opera desiderata e scaricarla senza compiere altre operazioni, comportandosi quindi da *free-rider*, poiché usufruisce del bene avvantaggiandosi di un servizio i cui costi sono sostenuti da altre persone. Ciononostante, contrariamente a tutte le previsioni, il numero di persone che scelgono di condividere i propri *files* è molto elevato. Nelle reti P2P, invero, è possibile osservare un livello significativo di comportamenti cooperativi e un generalizzato atteggiamento di fiducia tra i vari utenti. Resta da capire il motivo di questa condotta solidale.

Strahilevitz sostiene che gli utenti decidono di condividere i loro *files* sulle reti P2P, a beneficio di perfetti sconosciuti, principalmente a causa del carattere carismatico attribuibile alle tecnologie che rendono possibile tali operazioni di scambio, e che fanno apparire la comunità di *file-sharers* molto più cooperativa di quanto lo sia in realtà²⁹⁵. Tale ascendente trova fondamento in norme sociali, come quelle sulla reciprocità, storicamente molto radicate nella vita reale, che vengono trasposte nel cyberspazio grazie al modo i cui tali *software* sono congegnati.

In particolare, nel momento in cui un utente si metteva alla ricerca di un contenuto specifico, digitandone le parole chiave nel motore di ricerca del *software* di *file-sharing*, l'elenco di risultati trovati presentava altresì un'indicazione dell'utente che aveva messo a disposizione il *file*. Per converso, coloro che non avevano condiviso nulla non comparivano in tali risultati, rendendo difficile la percezione di quale fosse il loro preciso ammontare²⁹⁶. Molte di queste applicazioni P2P, inoltre, presentavano una serie di strumenti di coinvolgimento ed interazione tra i vari utenti: *chat*, *forum* di discussione, indicazione del numero complessivo di utenti collegati e del numero totale di *files* condivisi erano (e sono tuttora) l'armamentario dispiegato sul campo, allo scopo di rafforzare un ideale di appartenenza ad una comunità di persone, non

²⁹⁵ Si tratta del c.d. *charismatic code*. V. STRAHILEVITZ, *ibidem*, cit., 548 ss.

²⁹⁶ Il meccanismo utilizzato consisteva quindi nel magnificare la visibilità degli utenti maggiormente attivi dal punto di vista della condivisione e mascherare coloro che tenevano un comportamento opportunistico.

solo semplici estranei, accomunati da interessi simili²⁹⁷ ed animati da un sentimento di cooperazione e condivisione.

4.3. Reciprocità e cooperazione condizionale nelle reti peer-to-peer

Nel precedente paragrafo si è descritto come lo scambio non autorizzato di opere protette da *copyright* abbia luogo in un contesto dove tale attività assume i connotati di un comportamento cooperativo e prosociale, determinando quindi un incoraggiamento reciproco delle *copynorms* che supportano il *file-sharing* illegale. In altri termini, se l'influenza carismatica delle reti P2P sembra funzionare, resta da capire quale ne sia il motivo.

Nelle reti *peer-to-peer* confluiscano milioni di persone che non si conoscono e che difficilmente hanno modo di interagire tra di loro, se non in maniera virtuale durante lo scambio dei contenuti protetti. L'anonimato, infatti, è una delle caratteristiche principali di questi sistemi che ha certamente contribuito a decretarne l'ampio successo. La comunità dei *file-sharers*, in altri termini, rientra in quelle che lo stesso Strahilevitz ha definito *loose-knit group*²⁹⁸: gruppi composti da persone che non sono in grado acquisire informazioni sulla reputazione degli altri²⁹⁹, a differenza di quello che accade, invece, nei *close-knit groups*³⁰⁰. Esempi di *loose-knit groups* sono l'insieme di persone che si incontrano su una metropolitana, piuttosto che coloro che viaggiano sulla stessa autostrada

²⁹⁷ Merita di essere menzionato il messaggio che gli sviluppatori della rete P2P Gnutella riportavano sul loro sito internet nella sezione "What is Gnutella": "The other half of Gnutella is giving back. Almost everyone on GnutellaNet shares their stuff. Every client on the GnutellaNet is also a server, so you not only can find stuff, but you can also make things available for the benefit of others. So if you've got a good recipe for blueberry cobbler, you could answer someone's prayers by sharing it with the rest of the GnutellaNet!", disponibile tramite *Wayback Machine* all'URL: http://web.archive.org/web/20010602160134/http://www.gnutellanews.com/information/what_is_gnutella.shtml (ultima visita: giugno 2012).

²⁹⁸ Cfr. STRAHILEVITZ, *Social Norms from Close-Knit Groups to Loose-Knit Groups*, cit., 359 ss.

²⁹⁹ V. STRAHILEVITZ, *Charismatic Code*, cit., 559-60.

³⁰⁰ Si tratta di quelle comunità compatte ed unite, formate da individui che condividono i medesimi interessi e valori e che hanno continue e ripetute occasioni di interazione tra loro.

nelle proprie automobili, e così via. Ciò che accumuna questi contesti è la difficoltà con cui può instaurarsi un comportamento cooperativo, stante le scarse probabilità di interagire nuovamente con gli stessi individui e di applicare meccanismi sanzionatori di tipo reputazionale³⁰¹. A discapito di queste premesse, comportamenti cooperativi sono stati rilevati in molteplici situazioni³⁰² riconducibili al modello *loose-knit* e la condivisione dei *files* nelle reti *peer-to-peer* ne rappresenta un esempio perfettamente calzante.

Il principio in base al quale studiosi come Schultz e Strahilevitz hanno giustificato il sorgere di comportamenti cooperativi in questi contesti è la reciprocità, una delle norme sociali più rilevanti e radicate nella società civile³⁰³. Il principio, di per sé considerato, è molto semplice: quando una persona (A) fa qualcosa per un'altra (B), quest'ultima si sente obbligata a restituire il favore ad A (reciprocità diretta) o ad un'altra persona che presenta le stesse caratteristiche, interessi o valori di A (reciprocità indiretta)³⁰⁴.

Schultz, richiamando gli studi compiuti dagli psicologi Falk, Fehr e Fishbacher, definisce la reciprocità in questo modo³⁰⁵:

“la reciprocità è ciò che motiva le persone a ricambiare le azioni degli altri con azioni simili – il valore ricevuto con quello dato, la cortesia con cortesia, la cooperazione con cooperazione. Se le circostanze, tuttavia, favoriscono l'opportunismo, la reciprocità stessa può accelerare il declino della cooperazione spingendo le persone a rifiutarsi di collaborare”.

³⁰¹ Per approfondimenti si rimanda al capitolo II sulle norme sociali.

³⁰² Richiamando l'esempio degli automobilisti in autostrada, capita spesso che costoro si adoperino in comportamenti cooperativi: si pensi a coloro che si fermano ad aiutare altri automobilisti fermi in panne, o che si spostano sul lato destro per far passare chi transita più velocemente, e così via.

³⁰³ Cfr. SCHULTZ, *Fear and Norms and Rock & Roll*, cit., 698-710.

³⁰⁴ V. STRAHILEVITZ, *Charismatic Code*, cit., 562.

³⁰⁵ Liberamente tradotto dall'inglese. Il testo originale è: “Reciprocity motivates people to repay the actions of others with like actions—value received repaid with value given, kindness with kindness, cooperation with cooperation, and non-cooperation with retaliation. Under favorable conditions, it takes only a minority of people influenced by reciprocity to push a group to a sustained equilibrium of cooperation. If conditions favor opportunism, however, reciprocity may actually hasten the demise of cooperation by causing people to withhold cooperation”. Cfr. SCHULTZ, *Copynorms: Copyright Law and Social Norms*, cit., 16.

Questa citazione, proveniente dalla dottrina psicologica, ci permette di comprendere come il concetto di reciprocità si risolva in un'ipotesi di cooperazione condizionale. In altri termini, affinché sussista reciprocità, deve diffondersi la percezione che gli altri membri del gruppo di riferimento non si stiano comportando in maniera opportunistica, bensì stiano agendo in maniera collaborativa e vicendevole. Il modo in cui i *software peer-to-peer* sono stati congegnati sembra proprio aver creato le corrette condizioni per promuovere e rafforzare l'esistenza di tali atteggiamenti reciproci³⁰⁶.

In definitiva, una plausibile spiegazione del motivo per il quale gli utenti delle reti P2P rendono i loro *files* disponibili in carenza di un incentivo in senso economico può essere riscontrata proprio nell'esistenza di queste norme di reciprocità e nel senso di colpa che queste possono ingenerare in caso di mancanza di uno scambio reciproco. Quest'ultima situazione viene definita come "teoria degli effetti avversi dei benefici non reciprocitati" (*aversive effects of nonreciprocated benefits*). Alcune ricerche empiriche, infatti, hanno dimostrato che può sussistere una relazione tra individui solo se viene garantito un equilibrio nel reciproco scambio³⁰⁷. Quando qualcuno riceve qualcosa, un senso di dovere si insinua nella sua psiche, facendolo sentire debitore di chi ha tenuto la condotta cooperativa³⁰⁸. Il modo migliore per alleviare questo senso di colpa è contraccambiare direttamente il favore ricevuto, ma quando questo non è possibile, ricambiare nei confronti di altri soggetti può essere sufficiente. Nelle reti P2P si verifica proprio questa situazione: le persone condividono il loro materiale protetto da *copyright*, per mantenere un'immagine positiva di sé stessi ed alleviare il senso di colpa che deriverebbe da un comportamento opportunistico di solo *download* di ciò che è stato altruisticamente condiviso dagli altri³⁰⁹.

³⁰⁶ V. OPDERBECK, *Peer-to-Peer Networks*, cit., 1712 e STRAHILEVITZ, *Social Norms from Close-Knit Groups to Loose-Knit Groups*, cit., 364.

³⁰⁷ STRAHILEVITZ, *Charismatic Code*, cit., 564.

³⁰⁸ P. BLAU P., voce *Scambio sociale*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Vol. VIII, Roma, 1996-

³⁰⁹ V. V. OPDERBECK, *Peer-to-Peer Networks*, cit., 1712 e STRAHILEVITZ, *Social Norms from Close-Knit Groups to Loose-Knit Groups*, cit., 312.

5. Riconciliare norme sociali e legge sul *copyright*: le strategie di tipo normativo

Come si è rilevato precedentemente, le strategie di deterrenza intraprese dall'industria dell'intrattenimento si sono rivelate molto dispendiose e poco efficaci nel riuscire a dissuadere gli individui dallo scambiare materiale protetto dal diritto d'autore sulle reti *peer-to-peer*. D'altro canto, numerose ricerche hanno dimostrato come le persone osservino le leggi non tanto per il timore di incorrere in sanzioni legali, quanto per ragioni di tipo normativo. Si tratta di ipotesi nelle quali il contenuto legale coincide con ciò che è considerato moralmente inaccettabile anche dalle norme sociali: tale coincidenza rafforza la legge e ne assicura una larga osservanza da parte dei membri della società³¹⁰.

Numerose ricerche hanno confermato la prevalenza assoluta delle norme sociali nel guidare il comportamento delle persone, le cui azioni confermano quanto si sostiene: scaricare contenuti protetti dalla rete non è considerato né immorale né socialmente riprovevole³¹¹. Per questi motivi, è necessario focalizzare maggiormente l'attenzione sulle strategie di tipo normativo, tendenti a modificare le attuali *copynorms* che supportano il *file-sharing*, per costruirne di nuove che condannino questa pratica sociale³¹². La salvezza, pertanto, sembra debba ricercarsi nella forza persuasiva delle norme sociali, nella loro capacità di convincere le persone che scaricare contenuti protetti da *copyright* non è soltanto contrario alla legge, ma è soprattutto moralmente e socialmente intollerabile. Più semplicemente, non è la cosa giusta da fare.

³¹⁰ In effetti, un governo basato esclusivamente sul concetto di braccio armato della legge non farebbe molta strada. In una democrazia, il sistema legale può funzionare solo se questo è largamente supportato dalla base sociale e le cui norme coincidono con quelle di origine statale, dove gli individui osservano le leggi non per paura delle sanzioni ma perché ritengono che sia la cosa giusta da fare. Cfr. TYLER, *Why People Obey the Law?*, cit., 178 e SCHULTZ, *Fear and Norms and Rock & Roll*, cit., 665-8.

³¹¹ Cfr. in generale il capitolo II dedicato alle norme sociali e la letteratura ivi riportata.

³¹² SCHULTZ, *Copynorms: Copyright Law and Social Norms*, cit., 39-42.

Nei prossimi paragrafi saranno analizzate due possibili alternative che potrebbero contribuire a riconciliare norme sociali e legge sul *copyright*. In primo luogo, si discuterà delle strategie adattive, le quali cercano di combattere lo scambio non autorizzato di contenuti protetti dal diritto d'autore in maniera indiretta, anziché attraverso un *enforcement* legale aggressivo. In secondo luogo, saranno analizzate una serie di opzioni riconducibili alle strategie di tipo persuasivo, volte a convincere le persone ad adottare norme sociali più compatibili con il dettato legislativo in materia di *copyright*³¹³.

6. Le strategie adattive: se non puoi batterli, unisciti a loro

Il dilemma del *file-sharing* non autorizzato è stato tradizionalmente affrontato facendo ricorso alle tradizionali strategie di *enforcement* basate sul concetto di deterrenza attraverso l'irrogazione di sanzioni giuridiche. Tali metodi hanno dimostrato, tuttavia, di essere troppo dispendiosi, oltre che insufficienti ad arginare il fenomeno dello scambio non autorizzato di contenuti digitali protetti dal diritto d'autore. Sulle base di queste considerazioni, pare utile cercare di combattere il fenomeno con le sue stesse armi, avvalendosi di strategie di tipo adattivo, le quali affrontano il problema in maniera indiretta, attraverso un approccio di adeguamento alla norma sociale indesiderata volto a mitigarne gli effetti³¹⁴.

³¹³ Questa classificazione prende spunto da un interessantissimo articolo di Mark F. Schultz, il quale analizza nel dettaglio una serie di opzioni attraverso le quali è possibile ridurre il *gap* formatosi tra norme sociali in materia di diritto d'autore (in particolare quelle riguardante il *file-sharing*) e norme giuridiche. Per ulteriori approfondimenti si veda M.F. SCHULTZ, *Reconciling Social Norms and Copyright Law: Strategies for Persuading People to Pay for Recorded Music*, 17 J. INTELL. PROP. L. 59 (2009).

³¹⁴ V. SCHULTZ, *ibidem*, cit., 73-74.

6.1. L'utilizzo di misure tecnologiche di protezione: i Digital Rights Management (DRM)

Una prima via tentata dall'industria dell'intrattenimento per arginare lo scambio dei *files* musicali sulle reti P2P è stata quella di fare ricorso alle tecnologie di crittografia digitale, per controllare la circolazione e l'utilizzo dei contenuti digitali: si tratta dei sistemi di *Digital Rights Management* (DRM). L'idea in sé è buona, ma i risultati sono stati deludenti, per almeno due ordini di motivi. Innanzitutto, i DRM non potevano fare nulla per arginare la copia e distribuzione non autorizzata di *files* digitali estratti direttamente dai CD attraverso procedure di "ripping", né potevano chiudere il c.d. buco analogico³¹⁵.

In secondo luogo, anche il meccanismo di cifratura più complesso poteva essere violato attraverso *software* di decrittografia, a loro volta illegali, disponibili sulla Rete³¹⁶. Tuttavia, il fallimento più grande di questo tipo di misura adattiva si riscontra sul piano etico. I DRM, infatti, conferiscono ai produttori di contenuti digitali la capacità di restringere l'utilizzo dei contenuti stessi anche al di là di ciò che la legge sul *copyright* intende garantire. Il rischio di abusi, pertanto, è concreto³¹⁷ e lo dimostra la casistica relativa all'utilizzo di queste misure tecnologiche di protezione: su tutti, il caso Sony Rootkit³¹⁸.

³¹⁵ Il concetto di "buco analogico" (*analogic hole*) fa riferimento al fatto che un contenuto digitale di qualsiasi tipo possa essere sempre copiato attraverso l'utilizzo di dispositivi analogici. Un *file* MP3 protetto da DRM, ad esempio, può essere copiato semplicemente registrandone l'esecuzione attraverso un microfono posizionato vicino agli altoparlanti.

³¹⁶ V. OPPERBECK, *Peer-to-Peer Networks*, cit., 1750. L'esistenza delle cosiddette "crack", o "fix" non è cosa recente. I *cybernauti* più esperti e gli *hackers* hanno sempre reso disponibili soluzioni per aggirare le protezioni tecnologiche che i produttori apponevano (ed appongono tuttora) ai loro *softwares* e prodotti digitali. Si pensi ai programmi che consentono di copiare interi DVD, a discapito delle protezioni anticopia utilizzate dai produttori, o ancora i programmi più recenti che consentono di rimuovere dagli *ebook* proprietari (es. Amazon Kindle) le protezioni che ne impediscono l'utilizzo su *ebook readers* di marca differente.

³¹⁷ Per maggiori approfondimenti sui sistemi di DRM si rinvia diffusamente R. CASO (a cura di), *Digital Rights Management: problemi teorici e prospettive applicative: atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 21 ed il 22 marzo 2007*, Trento, 2008.

³¹⁸ Nel 2005 la Sony incluse all'interno dei CD musicali un *software* nascosto con l'obiettivo supposto di proteggere i propri interessi e prevenire l'uso e la copia illegale di musica.

Di fatto, i sistemi DRM hanno finito per infastidire gli utenti paganti piuttosto che i *file-sharers*³¹⁹, tant'è che la stessa Apple, che aveva inizialmente adottato questi sistemi nel proprio negozio online di musica (iTunes Store), decise nel 2009 di rimuoverli da tutti i brani musicali presenti, manifestando disapprovazione per questa forma di protezione così invasiva e lesiva della libertà dei fruitori di musica digitale³²⁰.

6.2. Il coinvolgimento delle Università e degli Internet Service Providers

Più recentemente, gli sforzi dell'industria dell'intrattenimento si sono focalizzati nei confronti della catena di distribuzione dei contenuti digitali. Questa strategia mirava a coinvolgere nel processo di dissuasione allo scambio illegale di opere protette enti come le Università e i fornitori di servizi *internet* (ISP).

Il primo tentativo di cooperazione con le Università puntava a far sì che quest'ultime irrogassero sanzioni disciplinari nei confronti di quegli studenti che, utilizzando la rete *internet* accademica, avessero scaricato materiale protetto dal diritto d'autore. Il sistema che si sarebbe occupato di rilevare tali violazioni prendeva il nome di Automated Copyright Notice System (ACNS). Tale tecnologia permetteva di inviare automaticamente un *e-mail* allo studente colto nell'attività di *download* illegale e bloccava l'accesso alla rete finché non fosse avvenuta la rimozione di tale *file*³²¹.

Un altro tentativo di coinvolgimento di soggetti terzi nella lotta contro la pirateria digitale vedeva come protagonisti dell'*enforcement* indiretto i fornitori

³¹⁹ V. SCHULTZ, *Reconciling Social Norms and Copyright Law*, cit., 77.

³²⁰ Cfr. "Apple Press Info – Changes Coming to the iTunes Store", disponibile all'URL: <http://www.apple.com/pr/library/2009/01/06Changes-Coming-to-the-iTunes-Store.html> e "Apple's Jobs calls for DRM-free music", disponibile all'URL: http://news.cnet.com/2100-1027_3-6156763.html (ultima visita: giugno 2012).

³²¹ V. S. OLSEN, *Hollywood's new lesson for campus file swappers*, CNET NEWS, 19/04/2004, disponibile all'URL: http://news.cnet.com/2100-1027_3-5194341.html e SCHULTZ, *Reconciling Social Norms and Copyright Law*, cit., 78.

di servizi di connessione alla rete *internet*, cioè gli *Internet Service Providers* (ISP). Alcuni ISP statunitensi avevano volontariamente aderito a questa iniziativa, inviando ai clienti che generavano traffico sulle reti P2P un generico avviso di potenziale violazione della legge sul *copyright*. A ben vedere, gli ISP si trovavano in una posizione strategica: in quanto gestori del traffico *internet*, tutti gli utenti che si avvalevano del loro servizio possedevano uno specifico indirizzo di rete (IP *address*), il quale li rendeva riconoscibili in ogni attività compiuta sulla rete. Questo significava che, attraverso la tecnologia digitale, sarebbe stato possibile identificare e punire ogni singolo trasgressore, in quanto lo scambio di opere protette dal diritto d'autore non sarebbe passato inosservato.

Il problema principale stava nel fatto che gli interessi degli ISP erano molteplici, e non sempre in linea con quelli dell'industria discografica o cinematografica. Da un lato, gli ISP potevano manifestare un certo interesse nei confronti di questa attività di "polizia della rete", in quanto il traffico sulle reti *peer-to-peer* era così elevato da congestionare spesso le loro connessioni, costringendoli in ingenti e frequenti spese per l'acquisto di dispositivi di rete più potenti, capaci di servire al meglio le necessità dei propri utenti. Dall'altro lato, tuttavia, gli ISP erano riluttanti a limitare eccessivamente la libertà di navigazione e di utilizzo della rete da parte dei propri utenti, perché proprio tale smisurato interesse mostrato nei confronti delle reti P2P è ciò che attirava molti di loro a stipulare un abbonamento forfettario³²².

Il punto di forza di queste strategie di *enforcement* indiretto era l'efficacia. Se università e ISP avessero collaborato appieno insieme all'industria dell'intrattenimento, la comunità dei *file-sharers* avrebbe subito un colpo molto duro e si sarebbero potuti ottenere risultati molto soddisfacenti. Il punto debole, peraltro, stava proprio nella necessità di doversi affidare all'operato di soggetti terzi, i quali non erano i diretti titolari dell'interesse alla sconfitta della pirateria digitale ma della quale ne dovevano sopportare i costi. A questo si aggiungevano le molteplici problematiche di tipo giuridico che questo tipo di

³²² In altri termini, che interesse avrebbero i fornitori di servizi *internet* a rischiare di perdere tutta quella fetta di clientela che utilizza la rete in larga misura per l'attività di *file-sharing*?

controlli potevano scaturire. Il diritto alla *privacy* ne sarebbe uscito menomato, così come la commisurazione delle sanzioni non poteva dirsi di certo sempre proporzionale rispetto al tipo di violazione commessa.

6.3. Nuovi modelli di business: fornire una valida alternativa legale alle reti di file-sharing

"If you can't beat them, join them": se non puoi batterli unisciti a loro, dice un vecchio proverbio anglosassone³²³. L'industria dell'intrattenimento sembra aver preso alla lettera questo messaggio, cogliendo a piene mani l'opportunità di sfruttare, a proprio favore, quegli stessi strumenti della rivoluzione digitale e di *internet* che hanno reso così popolare il fenomeno del *file-sharing*.

Finora, la strategia più efficace nel ridurre il numero di utenti operanti sulle reti *peer-to-peer* è stata fornire un'alternativa legale a tali reti. Il concetto è molto semplice e si basa sulla stessa logica seguita dai più celebri programmi di *file-sharing*. Il punto di forza di quest'ultimi era quello di avere introdotto un rivoluzionario concetto di distribuzione dei contenuti digitali *online*. Collegandosi a tali *software*, le persone potevano scaricare brani musicali singolarmente, in pochi secondi e a costo zero. Tre caratteristiche innovative che avevano creato un'enorme distanza con i canali tradizionali di distribuzione delle opere musicali: CD, album singoli e quant'altro erano ormai stati surclassati dalle nuove tecnologie.

L'industria discografica colse al balzo l'occasione e cominciò a sfruttare a proprio favore questo nuovo mercato, rappresentato dalla possibilità di copiare, trasferire e distribuire singole canzoni o interi album musicali via rete e con metodologie diverse da quelle proprie dei canali tradizionali. Servizi ormai celebri come iTunes Store si sono rivelati di fondamentale importanza nel processo di riduzione della pirateria, in quanto hanno colmato le lacune dei

³²³ Cfr. la voce relativa al proverbio sul sito internet di Wikiquote, disponibile all'URL: http://en.wiktionary.org/wiki/if_you_can't_beat_them,_join_them.

tradizionali canali distributivi, consentendo a tutte quelle persone che trovavano comodo scaricare singole canzoni dai programmi di *file-sharing* di poter ritrovare le stesse caratteristiche di immediato soddisfacimento di un desiderio di musica, semplicità nell'utilizzo e costi contenuti. Tutto questo secondo modalità pienamente legali.

Su questo aspetto, Steve Jobs, cofondatore di Apple, ha confermato il suo genio e la sua formidabile capacità di vedere il futuro. Così disse in un'intervista del dicembre 2003 alla rivista Rolling Stones³²⁴:

“Noi siamo dell'idea che l'80% delle persone non voglia veramente scaricare musica illegalmente. Lo fa perché è l'unico modo per soddisfare immediatamente un desiderio di musica. È una gratificazione istantanea. Non devi andare al negozio di dischi e comprare il CD; la musica è già digitalizzata, così non devi estrarla dal CD sul computer (ripping). [...] Non riusciremo mai a convincere le persone a non scaricare musica illegalmente finché non offriremo loro anche la carota, e non solo il bastone. E la carota è: ti offriremo una esperienza migliore, e ti costerà solo un dollaro a canzone. [...]

Vogliamo fornire un'alternativa legale. E vogliamo farlo in modo convincente, affinché tutti quelli che vogliono essere onesti, che non vogliono rubare e che fino ad ora non hanno avuto possibilità di scaricare musica legalmente, adesso possono scegliere di farlo. E crediamo che con il tempo la maggior parte delle persone che rubano musica sceglieranno di non farlo, se un'alternativa equa e ragionevole venga loro presentata. Siamo ottimisti. Lo siamo sempre stati”.

Questo ci fa capire quanto sia determinante dare ai consumatori l'opportunità di rispettare la legge, per potere sviluppare una norma sociale a sostegno del diritto d'autore e concorrente rispetto alle *copynorms* a sostegno del *file-sharing*. Coloro che sono inclini a cooperare lo faranno, se gliene viene data la possibilità³²⁵. Tutto questo trova conferma nei numeri: iTunes Store nel 2010

³²⁴ Libera traduzione dal testo originale in lingua inglese. Cfr. J. GOODELL, *Steve Jobs: The Rolling Stone Interview*, ROLLING STONE, 25/12/2003, disponibile all'URL: http://www.keystonemac.com/pdfs/Steve_Jobs_Interview.pdf (ultima visita: giugno 2012).

³²⁵ SCHULTZ, *Copynorms: Copyright Law and Social Norms*, cit., 42.

aveva all'attivo, dopo solo 7 anni dall'apertura, ben 10 miliardi di composizioni musicali vendute³²⁶.

Questa strada sembrava essere quella da seguire, se l'industria dell'intrattenimento voleva indebolire ulteriormente le pratiche sociali di scambio non autorizzato di contenuti protetti dal *copyright*. Modelli simili potrebbero tuttora contribuire al raggiungimento di questo obiettivo. Ad oggi sono ormai a decine, se non centinaia i servizi che hanno imitato iTunes allo scopo di fornire contenuti digitali in maniera legale ed a basso costo. Si pensi ai vari siti *internet* che consentono di scaricare legalmente interi *film* o “noleggiarli” per una singola visione (il c.d. video *on-demand*)³²⁷. Lo stesso iTunes si è recentemente evoluto per consentire questa funzionalità³²⁸. O ancora si pensi a YouTube, il quale rappresenta un enorme calderone di contenuti audiovisivi, alcuni dei quali certamente caricati in violazione delle norme sul diritto d'autore, ma la cui stragrande maggioranza rappresenta un ulteriore viatico per diffondere una cultura della legalità. Sono migliaia gli artisti che si fanno pubblicità attraverso YouTube, magari caricando sul loro canale i video delle nuove canzoni e presentando in calce ad essi i vari *links* per permettere agli appassionati di andare ad acquistare l'album in cui sono contenute da iTunes e simili.

In aggiunta, si pensi a quanto proposto da William Fisher e Lawrence Lessig: una sorta di sottoscrizione forfettaria per accedere illimitatamente ad una serie di contenuti digitali. Si potrebbe prevedere un canone per l'accesso ai contenuti musicali, uno per i contenuti cinematografici e così via. Ogni tipo di contenuto creativo dovrebbe essere distribuito sin da subito in formato digitale per mezzo di *internet* e identificabile in maniera univoca in ogni sistema

³²⁶ Fonte: Wikipedia, disponibile all'URL: http://it.wikipedia.org/wiki/iTunes_Store.

³²⁷ Per citare qualche esempio, si vedano i servizi Net-Music e Net-Movie della catena Mediaworld: http://www.net-movie.it/?utm_source=home_mwcol&utm_medium=banner&utm_campaign=tab_home. Similari servizi disponibili agli URL: <http://eagledvdshop.it/noleggio-digitale/index.html>, <http://www.movieondemand.it>, <http://www.jamendo.com/it>.

³²⁸ Si veda: <http://itunes.apple.com/it/genre/film/id33>.

informatico³²⁹. L'industria sembra aver accolto con entusiasmo questa strategia, e i risultati fanno sperare bene, dato che i servizi di trasmissione in *streaming* di contenuti digitali a tariffa forfettaria sembrano essere molto popolari³³⁰.

7. Le strategie persuasive: come manipolare le norme sociali

Nella visione di Schultz, il dilemma del *file-sharing* non autorizzato sarebbe facile da risolvere, se solo si riuscissero a convincere le persone che rispettare la legge sul *copyright* è la cosa giusta da fare³³¹. In effetti la persuasione è una delle armi più potenti a disposizione dell'industria dell'intrattenimento, per cercare di modellare le norme sociali in maniera più favorevole a quanto previsto dalla normativa a tutela del diritto d'autore. Il problema principale risiederebbe nell'esistenza di una molteplicità di fattori che influenzano le norme sociali e nella complessità delle loro interazioni reciproche. Ciononostante, non si deve mancare di tentare la strada della persuasione, in quanto gli strumenti per modificare e manipolare le norme sociali esistono e vanno sfruttati nel tentativo di cambiare il comportamento delle persone e il loro atteggiamento verso il *copyright*.

7.1. Campagne di sensibilizzazione

³²⁹ Cfr. W. Fisher, *Promises to Keep*, Stanford University Press, 2004 e LESSIG, *Free Culture*, cit., 282.

³³⁰ Cfr. ad esempio i vari siti *internet* come Netflix, <http://www.netflix.com> e Spotify, <http://www.spotify.com>.

³³¹ SCHULTZ, *Copynorms: Copyright Law and Social Norms*, cit., 37.

La strategia normativa di persuasione seguita dall'industria dell'intrattenimento sembra essere stata principalmente quella delle campagne educative *pro-copyright*, delle dimostrazioni pubbliche e degli annunci di sensibilizzazione compiuti attraverso i media. Questo tipo di attività sono certamente meritevoli di lode: tuttavia bisogna fare molta attenzione al contenuto e al tipo di messaggi che si trasmettono al pubblico.

Spesso tali campagne di persuasione, difatti, descrivono il fenomeno del *file-sharing* in maniera iperbolica, ritraendo un'immagine con milioni di pirati digitali che scaricano illegalmente contenuti digitali distruggendo l'industria dell'intrattenimento e i talenti artistici. Tale messaggio, nelle mire dei loro creatori, dovrebbe smuovere le coscienze di chi scarica illegalmente ed indurli a cambiare comportamento, per il bene della creatività e per tutelare gli sforzi creativi dell'uomo. In realtà questo messaggio non è idoneo e può rivelarsi pericolosamente controproducente, in quanto trasmette un'erronea normatività descrittiva, consistente nella percezione che il *file-sharing* è così diffuso da rappresentare la norma.

In effetti, le persone sono propense a rispettare la legge, ma nessuno vuole essere l'unico ingenuo a pagare per ascoltare musica, mentre tutti gli altri lo fanno gratuitamente. L'industria dell'intrattenimento deve cambiare il contenuto dei suoi messaggi educativi e di persuasione, se vuole ottenere qualche risultato nell'opera di cambiamento delle norme sociali *anti-copyright*. Dovrebbe farlo con delle espressioni più rassicuranti, che trasmettano non solo il messaggio che rispettare la legge sul *copyright* è la cosa giusta da fare, ma che faccia percepire che questo è ciò che la maggior parte delle persone sta già facendo, mentre i trasgressori vengono perseguiti vigorosamente³³².

7.2. La tragedia dei beni comuni digitali: indebolimento delle norme di reciprocità e riduzione dell'attrattiva delle reti P2P

³³² SCHULTZ, *Fear and Norms and Rock & Roll*, cit., 725-726.

Una strategia di tipo normativo, che potremmo definire “tragedia dei beni comuni digitali” (*tragedy of the digital commons*) è stata proposta dal professor Lior Strahilevitz³³³.

Questa soluzione ha la finalità di indebolire la norma di reciprocità, sviluppata tra gli utenti dei programmi di *file-sharing*, che contribuisce a far sì che così tanti utenti condividano i loro *files* per sdebitarsi con coloro che hanno messo a disposizione i loro contenuti digitali³³⁴. Poiché questo tipo di sistemi di *file-sharing* si basa sul concetto di volontarietà nella condivisione dei *files*, un elevato tasso di *free riding* potrebbe incidere negativamente e ridurre l’attrattiva nell’utilizzo di tali *software*. Gli utenti si potrebbero persuadere del fatto che la gran parte degli utenti si collega solo per scaricare i *files* in maniera opportunistica, cioè senza condividere nulla con la comunità, innescando un circolo vizioso che porterebbe col tempo al completo inutilizzo di tali *software*³³⁵. Se nessuno condivide più nulla, i contenuti digitali diventano a breve obsoleti e numericamente scarsi, ed il numero di utenti che si collegano a tali reti si riduce drasticamente.

Nonostante le argomentazioni di cui sopra, la realtà sembrerebbe suggerire una maggiore tenacia di queste comunità virtuali. In primo luogo, il modo in cui sono ideati i software di *file-sharing* rende praticamente impossibile avere un’esatta rappresentazione dell’ammontare dei *free riders*. In secondo luogo, ancorché coloro che condividono materiale rappresentano una percentuale minimale rispetto a coloro che si limitano a scaricare, c’è comunque materiale sufficiente per attrarre nuove persone, che a loro volta condivideranno altri *files*, in modo da generare un circolo virtuoso che sostenga nel tempo il funzionamento dei *software* di *file-sharing*³³⁶.

Nel 2002 l’associazione americana dell’industria discografica RIAA tenta la strada della persuasione e decide di affiancare le battaglie legali con una serie di iniziative extralegali, volte a minare l’attrattiva dei sistemi di *file-sharing* e

³³³ V. E. ADAR, B.A. HUBERMAN, *Free Riding on Gnutella*, First Monday, 2000.

³³⁴ Cfr. *supra*, par. 4.2. e 4.3.

³³⁵ SCHULTZ, *Copynorms: Copyright Law and Social Norms*, cit., 14.

³³⁶ V. STRAHILEVITZ, *Charismatic Code*, cit., 524.

ridurre di conseguenza il numero di opere scambiate per il loro tramite. La strategia principale è stata quella di far leva sulla qualità delle opere musicali digitali condivise sulle reti P2P. La RIAA decide di creare un largo quantitativo di *file* musicali MP3 della stessa dimensione e titolo di quelli originali, largamente diffusi in rete. La particolarità di questi *files* era quella per cui, una volta scaricati e riprodotti, il loro contenuto consisteva in una serie di rumori, fischi, suoni ripetuti. In alternativa il *file* riproduceva degli annunci vocali che ricordavano l'importanza di rispettare il *copyright*, che scaricare musica è illegale, e quant'altro di simile³³⁷.

Questo tipo di strategia aveva un potenziale enorme, in quanto gli effetti che avrebbe potuto determinare erano almeno due. Innanzitutto, avrebbe innalzato il costo, in termini economici, necessario per scaricare musica gratuitamente. Tutti coloro che in passato avevano scaricato migliaia di canzoni per formare un archivio musicale sui propri *computer*, sapendo dell'esistenza di questi "falsi", probabilmente staranno in futuro più attenti e scaricheranno meno.

In secondo luogo, l'effetto più importante è sicuramente quello che va ad incidere nei confronti della norma di reciprocità di questi sistemi. Come si è puntualmente rilevato precedentemente, gli utenti delle reti P2P decidono di condividere le opere digitali in forza di una norma di reciprocità e collaborazione tra loro, che alimenta il sistema e lo tiene in vita. In seguito alla condivisione di *files* fasulli, gli utenti che scaricano queste opere potrebbero sentirsi in qualche modo offesi ed arrabbiati, e di conseguenza meno obbligati a doversi sdebitare con chi ha compiuto quell'attività così fastidiosa. Questo potrebbe determinare una rottura nella catena motivazionale, potenzialmente idonea a distruggere il meccanismo cooperativo e fiduciario, andando ad indebolire l'efficacia intera dei sistemi di *file-sharing*³³⁸.

Un'altra tecnica utilizzata dalla RIAA è stata quella di condividere *files* musicali con un titolo discordante rispetto al suo contenuto. In questo modo,

³³⁷ V. STRAHILEVITZ, *ibidem*, cit., 583.

³³⁸ STRAHILEVITZ, *ibidem*, cit., 585.

l'utente che cerca l'ultimo brano degli U2, una volta scaricato sul proprio *computer* ed ivi riprodotto, sentirà un contenuto del tutto differente e spesso di scarso interesse. La RIAA non è riuscita nel suo intento, a causa di un grave errore in cui è incorsa nel compimento di questa sua campagna di azione in prima persona. Rivelarsi al pubblico come l'autore di queste azioni è stata la *gaffe* che ha reso questa strategia incapace di ottenere il risultato sperato. Se la RIAA avesse mantenuto segreto questo suo coinvolgimento diretto nel mondo del *file-sharing*, la frustrazione degli utenti si sarebbe scaricata nei confronti degli altri membri della comunità virtuale, mettendoli gli uni contro gli altri. Rendendo nota la sua strategia, la RIAA non ha fatto altro che rinforzare lo spirito collaborativo dei *file-sharers*, i quali si sono sentiti sollevati dal fatto che i loro compagni non li avevano traditi, in quanto i *files* fallaci non erano altro che il risultato del subdolo operato dell'avida industria musicale.

7.3. Aumento del costo di upload ed insinuazione del dubbio

Gli utenti delle reti *peer-to-peer* si collegano ad *internet* grazie a connessioni ADSL sempre più veloci ed economiche. Sono ormai diffusissimi gli abbonamenti forfettari (c.d. *flat-rate*), che permettono ai sottoscrittori di navigare senza limiti di tempo e consumo. Dal punto di vista tecnico, ogni connessione ADSL³³⁹ residenziale presenta due distinte velocità di connessione: una in *download*, che varia, attualmente, da 1 a 20 Mbit/sec a seconda della linea, ed una in *upload*, tipicamente molto inferiore, che va da 256 kbit/sec fino a 1 Mbit/sec³⁴⁰. Questa differenza quantitativa si giustifica per il fatto che pressoché la totalità della navigazione *web* è svolta in *download*: l'utente digita un

³³⁹ ADSL sta per *Asymmetric Digital Subscriber Line*, si tratta pertanto di una linea caratterizzata da un'asimmetria per quanto riguarda la distribuzione della larghezza di banda, cioè della sua velocità di trasmissione dei dati.

³⁴⁰ In informatica il termine *download* indica l'azione di ricevere o prelevare dalla Rete (ad es. da un sito *web*) un *file*, trasferendolo sul disco rigido del *computer* dell'utente. Il termine *upload* indica l'operazione inversa, cioè il caricamento di *files* dal proprio computer verso la rete.

sito *internet* e il *server web* scarica sul *computer* richiedente le informazioni necessarie per visualizzare la pagina.

Il concetto di *upload* è, tuttavia, fondamentale nelle reti P2P e nei programmi di *file-sharing*, poiché attraverso di essi non ci si limita ad utilizzare la connessione in *download*, per scaricare *files* condivisi da altre persone. In queste architetture, infatti, si utilizza molto la parte di *upload*, necessaria per trasmettere dal proprio *computer* alla rete i *files* condivisi nel momento in cui questi sono richiesti da un altro utente connesso al programma di *file-sharing*.

Questa introduzione tecnica è fondamentale per comprendere un'altra strategia persuasiva suggerita da Strahilevitz: posto che la condivisione sulle reti P2P si basa sull'utilizzo massiccio della connessione in *upload*, l'idea è di mantenere la tariffazione forfettaria per quanto riguarda lo scaricamento dei *files* e di eliminarla per quanto riguarda, invece, la trasmissione in *upload* degli stessi, sostituendola con una tariffa proporzionale all'ammontare di dati trasmessi attraverso la connessione ADSL. Questa tariffa, peraltro, non è necessario che sia molto alta: al fine di dissuadere gli utenti a condividere i *files* può essere sufficiente anche un costo relativamente basso. La somma di un 1 ogni 50 megabytes potrebbe essere sufficiente: tenendo conto che un singolo MP3 occupa circa 5 megabytes ed un album intero circa 10 volte tanto, questo significherebbe, rispettivamente, un costo di 10 centesimi e un costo di 1 euro per compiere la trasmissione *online* di tali *files*³⁴¹. L'introduzione di questo tipo di tariffazione potrebbe essere idonea ad ingenerare uno sbilanciamento tra costi e benefici che ogni *file-sharer* deve affrontare, determinando un meccanismo in grado di diminuire lo scambio non autorizzato di materiale protetto dal diritto d'autore sulle reti *peer-to-peer*.

Questa soluzione, tuttavia, risulta di difficile applicazione pratica. In primo luogo, poiché gli *internet service provider* determinano il canone di sottoscrizione alla connessione ADSL sulla base delle logiche del mercato, e non tenendo conto degli interessi dell'industria dell'intrattenimento. È una logica che va palesemente contro gli interessi degli ISP, il cui traffico è in gran

³⁴¹ V. STRAHILEVITZ, *Charismatic Code*, cit., 588.

parte determinato proprio dallo scambio di *files* tramite reti P2P. A questo si aggiunga l'attuale conformazione di *internet* in senso partecipativo. Il *Web* 2.0 ha determinato una rivoluzione quanto ai contenuti: si pensi solo ai *blog*, ai siti di caricamento di fotografie e video (es. Flickr e YouTube), nonché alla recentissima diffusione del c.d. *cloud computing*³⁴². Si tratta di servizi che trasmettono contenuti in Rete, anche di dimensioni elevate, e che comportano un utilizzo massiccio della banda in *upload*.

L'introduzione di una tariffazione a consumo a fronte dell'attuale diffusione delle tariffe *flat* e dei servizi contenutistici del *Web* 2.0 rendono sostanzialmente inattuabile questa strategia. In molti si opporrebbero a questa prospettiva, sostenendo, a ragione, che i benefici che si potrebbero ottenere non sono tali da giustificare una così ingente alterazione della stessa natura di *internet*, strumento democratico, di libera espressione e di dibattito per eccellenza³⁴³.

Lior Strahilevitz propone un'ulteriore strada per contrastare il fenomeno del *file-sharing*. L'intento è portare alla conoscenza del popolo *cybernauta* la vera natura delle reti P2P, smentendo la visione distorta e cooperativa che i *software* di *file-sharing* vogliono attribuire alla comunità di *file-sharers*. In altri termini, l'industria dell'intrattenimento dovrebbe attuare delle misure volte a magnificare il comportamento non cooperativo e a mascherare quello cooperativo³⁴⁴.

Una via per ottenere questo risultato potrebbe essere quella di pubblicizzare delle statistiche che riflettano il reale livello di condivisione sulle reti P2P. Il problema sta in ciò che tale messaggio, per il solo fatto che è diffuso dall'industria dell'intrattenimento, potrebbe generare un certo scetticismo nei *cybernauti*, che difficilmente sarebbero portati ad interiorizzare

³⁴² Cfr. la voce "Cloud Computing" su Wikipedia, disponibile all'URL: http://it.wikipedia.org/wiki/Cloud_computing.

³⁴³ V. L. LESSIG, *The Death of Cyberspace*, 57 WASH. & LEE L. REV. 337, 341-43 (2000) e STRAHILEVITZ, *Charismatic Code*, cit., 589.

³⁴⁴ Questo meccanismo è definito da Strahilevitz come "un-charismatic code", ed è esattamente l'opposto del risultato che i *software* di *file-sharing* mirano ad ottenere, cioè una percezione di prevalente comportamento cooperativo, laddove nella realtà è il comportamento da *free-rider* ad essere la norma. Cfr. STRAHILEVITZ, *ibidem*, cit., 591.

tale propaganda. Come afferma Strahilevitz: “anche se le persone apprendessero il messaggio che il comportamento da *free-rider* è la norma su Gnutella e in una certa misura se ne convincessero, laddove tale messaggio risulti essere incoerente con la distorsione generata dall’influenza carismatica dei *software peer-to-peer*, ecco che le statistiche sarebbero percepite meno “reali” della distorsione stessa”³⁴⁵.

Oltre che tramite la pubblicazione di statistiche, il carattere prevalentemente opportunistico dei *file-sharers* potrebbe essere reso noto avvalendosi degli stessi strumenti con i quali i *software peer-to-peer* esercitano la loro influenza carismatica³⁴⁶. Le applicazioni che operano sulle reti P2P, ad esempio, sono per lo più di tipo *open-source*. Questo significa che il codice sorgente è disponibile a tutti, industrie dell'intrattenimento comprese. Quest'ultime potrebbero “giocare sporco”, programmando di loro iniziativa una versione particolare di *software peer-to-peer*, la quale, contrariamente a quello che accade nelle versioni “originali”, esalti con veemenza il numero reale di *free-riders* presenti e di coloro che stanno condividendo pochi *files*. In questo modo si trasmetterebbe una concreta immagine della natura egoistica della comunità di *file-sharers*, minando alle radici la norma di reciprocità ivi diffusa. Il comportamento incoraggiato sarebbe quello di tipo opportunistico, dato che costituisce la norma, ed è noto che le persone agiscono sulla base del comportamento dei propri simili.

7.4. Sviluppare copynorms a sostegno del copyright: il caso delle jambands

Non tutte le *copynorms* sono a sostegno del *file-sharing*. A seconda del contesto, infatti, le pratiche sociali possono variare ed essere, in alcuni casi, particolarmente tenaci nel garantire un rispetto dei diritti degli autori. Mark F. Schultz, in particolare, ha documentato una di queste ipotesi, illustrando il

³⁴⁵ V. STRAHILEVITZ, *ibidem*, cit., 591. Letteralmente: “even if people hear the message that free-riding is the norm on Gnutella and believe it at some level, if that message is inconsistent with the observed distortion created by the charismatic code, then the statistic may seem less “real” than the distortion”.

³⁴⁶ V. STRAHILEVITZ, *ibidem*, cit., 592.

modo in cui i *fan* di alcuni gruppi musicali *jambands*³⁴⁷ abbiano sviluppato norme sociali che supportano il *copyright* degli artisti e condannano la copia non autorizzata³⁴⁸.

Questa comunità di *fan*, particolarmente leali nei confronti del gruppo musicale che sostengono, osservano scrupolosamente le restrizioni che le *bands* impongono sulla copia e la distribuzione della loro musica. Essi non solo seguono queste regole, ma si assicurano che gli altri appassionati del gruppo musicale in questione le conoscano e rispettino allo stesso modo. I *fans* delle *jambands*, infatti, sono liberi di registrare, copiare e distribuire tutte le loro esecuzioni dal vivo (i concerti). Le registrazioni in studio, tuttavia, sono proibite, nel senso che non è consentita la loro copia né la loro distribuzione non autorizzata.

Ciò che rende meritevole di attenzione queste comunità che, a parere di Schultz, le norme sociali a sostegno del diritto d'autore non trovino fondamento in circostanze uniche ed irripetibili, proprie di questo tipo di gruppi musicali e dei loro *fan*. I meccanismi che hanno fatto sorgere queste regole sembrano trovare fondamento nel principio di reciprocità, che in questo contesto, a differenza di ciò che accade nell'ambito del *file-sharing*³⁴⁹, sembrano incoraggiare lo sviluppo e il mantenimento di pratiche sociali *pro-copyright*. In queste comunità le relazioni reciproche e la generosità riconosciuta nel comportamento permissivo delle *bands* suscitano il rispetto e la lealtà dei loro appassionati, che agiscono rispettando le norme sul diritto d'autore³⁵⁰.

³⁴⁷ Le "jambands" sono gruppi musicali le cui esibizioni dal vivo ricalcano una cultura di musica improvvisata, che ha avuto origine negli anni 60 del secolo scorso con il gruppo dei Grateful Dead e che continua ancora oggi con gruppi come i Phish, String Cheese Incident, □ koostik hookah, Leftover Salmon ed altri. Le "performance" di questi gruppi offrono un'estesa improvvisazione musicale, estensioni ritmiche e sequenze di accordi sempre variabili che spesso varcano diversi generi musicali. Negli anni 90 il termine "jam-band" cominciò ad essere usato per diversi gruppi e varietà di generi anche fuori dal rock come funk, Jazz, Fusion e Bluegrass. Cfr. la voce "Jam-band" sull'enciclopedia Wikipedia, disponibile all'URL: http://it.wikipedia.org/wiki/Jam_band.

³⁴⁸ V. SCHULTZ, *Fear and Norms and Rock & Roll*, cit., 668 ss.

³⁴⁹ Cfr. *supra*, par. 4.3. sulle norme di reciprocità che fanno sorgere comportamenti cooperativi e di condivisione nelle reti *peer-to-peer*.

³⁵⁰ Gli elementi che favoriscono tale condotta sono certamente riconducibili altresì alla ridotta distanza che si instaura tra i titolari dei diritti e i fruitori, nonché il forte coinvolgimento dei *fans* nel sostenimento della *band* e della sua musica.

Il problema è che il modello delle *jambands* sembra costituire una situazione totalmente antitetica rispetto all'attuale conformazione dell'industria discografica e della musica di massa, caratterizzati da una forte distanza tra *fun* ed artista, da impersonalità e forte orientamento alla vendita al consumo.

Il caso delle *jambands* può insegnare molto alle case discografiche. Se queste cominciassero a tenere un comportamento più corretto, disponibile e comprensivo nei confronti dei suoi clienti, questi si comporterebbero a loro volta in maniera cooperativa³⁵¹. Anche le piccole cose contano: le etichette musicali potrebbero, ad esempio, cominciare a guardare con meno avidità agli incassi provenienti dalle vendite dei CD, o proporre delle edizioni speciali per collezionisti ed appassionati. Un insieme di comportamenti, in conclusione, che potrebbero aumentare, nel lungo periodo, la percezione di correttezza che gli appassionati di musica hanno nei confronti dell'industria discografica ed in ultima analisi, alimentare condotte più rispettose della legge sul *copyright*.

³⁵¹ V. SCHULTZ, *Fear and Norms and Rock & Roll*, cit., 721-724 ss.

Conclusioni

L'obiettivo di tale lavoro è stato quello di dimostrare l'importante ruolo che le norme sociali – in particolare le regole in materia di copia, distribuzione ed utilizzo delle opere dell'ingegno (*copynorms*) – ricoprono nel contesto del diritto d'autore.

La sfida intellettuale che si è profilata è del tutto particolare, poiché esaminare la dimensione sociale del diritto d'autore è operazione tutt'altro che semplice, e tale complessità è dipesa principalmente dalla metodologia di ricerca di cui ci si è dovuti servire per portare avanti le riflessioni teoriche e le constatazioni scientifiche che sono state sviluppate. Molti degli strumenti utilizzati, infatti, non sono propri delle discipline giuridiche, ma sono di derivazione psicologica, sociologica e filosofica. E non solo: il sapere cui si è attinto, per mirare allo scopo di avere un quadro completo della situazione, si estende all'economia sperimentale e alla scienza informatica.

Tale ricchezza e varietà di metodologie, tuttavia, rende il lavoro tanto articolato quanto interessante. Solo attraverso l'esame congiunto di tali discipline, difatti, il giurista contemporaneo, abituato a confrontarsi con i sistemi concettuali e le classificazioni rigide proprie dei codici, delle leggi, e dei regolamenti, può raggiungere un'apertura mentale tale da consentirgli di allargare i propri orizzonti e distogliere lo sguardo da un diritto verbalizzato e centralizzato, da un insieme di regole poste dall'alto e nascenti dall'autorità, per volgerlo nei confronti di norme che trovano la loro origine, sviluppo e mutamento nel fermento vitale dei gruppi sociali, dai più circoscritti ai più estesi, fino a ricomprendere le regole proprie della società umana intera. Un insieme di regole, questo, che rappresenta il più genuino linguaggio delle interazioni umane, l'incorporazione dei valori e dei desideri collettivi, le pratiche sociali che sostengono e mantengono il dispiegarsi della vita quotidiana.

Il “pluralismo dei saperi”, di cui si è appena fatto menzione, è stato decisivo in ogni parte del presente lavoro. Sin dal primo capitolo, esplicito

preludio al tema centrale della ricerca, frutto dell'analisi comparata di quanto sostenuto dalle scienze filosofiche e sociologiche. Un *ouverture* dedicata interamente al concetto di norma, dal significato più ampio fino a quello più interstiziale. Si è visto come norma possa significare normalità, cioè riconducibilità ad un concetto di rettitudine del comportamento umano e coincidenza ad un modello di condotta astratto da seguire. Norma come regola di condotta: le regole coordinano le aspettative ed orientano le azioni umane conferendole un senso, incidono sulla volontà dell'uomo condizionandone il destino. Norma come dover essere: è ciò che separa la necessità naturale da quella ideale. Infine, norma come regolarità comportamentale: norma è *l'id quod plerumque accidit*, è ciò che accade con maggiore frequenza in una popolazione, è il risvolto endemico dei comportamenti umani.

Si è visto, nello svilupparsi del presente scritto, come tali norme assumano differenti qualificazioni, ma la più importante di queste, in grado di abbracciare le più varie sfumature, è la dimensione sociale della norma, un indice della sua salda coesione alla base sociale e ad ogni collettività. Norma sociale, quindi, come regola e guida dell'agire umano, come fattore che spinge le persone a comportarsi in un certo modo piuttosto che in un altro e comando di ciò che si può fare e ciò che, invece, non si deve. Una regola capace di orientare il comportamento umano assistita da sanzioni di natura extralegale (sanzioni sociali che vanno dalla blanda disapprovazione all'ostracismo sociale).

Si è visto, inoltre, come sia importante attribuire a queste norme sociali il ruolo corretto, cioè quello di guida e governo di gran parte della nostra vita quotidiana. Il loro potere è eccezionale ed è a loro che bisogna volgere l'attenzione se vogliamo capire in che modo le persone reagiranno in presenza di determinate circostanze. La marginalità attribuita a questo tema nella riflessione giuridica italiana è pertanto da ritenersi ingiustificata, viste le potenzialità che tali regole informali racchiudono in sé.

Invece, i giuristi oltreoceano, come si è ampiamente dimostrato nel corso della presente opera, hanno riscoperto ed apprezzato questo argomento anche grazie agli scritti dei loro colleghi sociologi, i quali anni prima avevano

elogiato la forza dischiusa nelle regole nascenti dal “basso”. Una forza spesso incontrollabile né prevedibile, ma ricca di possibili risvolti pratici, soprattutto qualora fosse seriamente presa in considerazione da politici e legislatori che vogliano regolare con efficacia le attività dell’uomo, senza limitarsi come sempre a focalizzare l’attenzione nei confronti del solo diritto formale, di origine statale, molto spesso privo di un sostegno sociale e quindi destinato, in alcuni casi, a rimanere lettera morta.

Nel corso del presente lavoro, l’efficacia delle norme sociali nel governare il comportamento umano è stata dimostrata più volte. Tale risultato si è ottenuto grazie all’esposizione del lavoro compiuto dagli economisti del diritto, i quali con l’ausilio della teoria dei giochi hanno reso incontrovertibile la constatazione che tali norme rendono possibile la cooperazione tra due o più individui egoisticamente orientati e, soprattutto, hanno evidenziato la loro capacità di trovare l’assetto più efficiente e proficuo per un gruppo di persone, anche in assenza e a prescindere da quanto stabilito dalla legge.

Il punto di arrivo di questa disamina pluridisciplinare è la presa di coscienza che norme sociali e leggi si influenzano a vicenda, andando a costituire due strumenti di controllo sociale che operano congiuntamente per determinare il comportamento individuale. Non solo le leggi, quindi, ma anche e soprattutto le pratiche sociali, le regole del gruppo, la morale, i costumi: tutto questo costituisce ciò che influisce maggiormente sulla psiche umana nonché sulla sfera decisionale e motivazionale. Quando leggi e norme sociali convergono, tutto è più facile: esse si rinforzano a vicenda, perché entrambe beneficiano allo stesso modo del più ampio sostegno morale, sociale e giuridico.

Più problematica l’ipotesi di contrasto, in cui la legge proibisce ciò che è considerato moralmente e socialmente accettabile.

Questa considerazione conclusiva, relativa alle dinamiche intercorrenti tra legge e norme sociali, parrebbe poter chiudere il discorso. Al contrario, non ne è che l’inizio: essa, infatti, rappresenta le basi e la *forma mentis* che il giurista, il politico, il legislatore deve avere, nonché il *modus operandi* che deve adottare,

per poter efficacemente raggiungere l'obiettivo indicato all'inizio del presente lavoro e vincere la sfida ivi lanciata.

L'obiettivo, come già anticipato, è quello dimostrare il ruolo che le norme sociali – delle quali se ne può ora affermare con certezza la centralità nel guidare il comportamento umano – ricoprono nel contesto del diritto d'autore. La sfida consisteva nell'aprire le porte ad una dimensione sociale della tutela della proprietà intellettuale, una disciplina, quest'ultima che ha ad oggetto beni immateriali, la cui necessità di tutela non trova origini in un "diritto naturale" ma nell'opera di un'autorità, in qualcosa di precostituito artificialmente, non spontaneo.

La ricerca si è focalizzata su un tipo particolare di norme sociali, le *copynorms*, cioè quelle pratiche sociali diffuse in materia di copia, distribuzione ed uso delle opere creative. Quale ruolo svolgono tali norme nei confronti del fortilizio approntato dalla legge? La presa di coscienza dell'importanza delle *copynorms* nel condizionare l'agire umano è fondamentale per disegnare il loro ruolo: per tali norme, invero, si deve concludere nel senso che queste svolgono un importantissimo compito di riequilibrio del controllo esclusivo delle informazioni, determinato dalla legge in materia di proprietà intellettuale, e da quella in materia di *copyright* in particolare.

Le riflessioni compiute nel corso del presente lavoro possono, in sostanza, condurre ad una serie di dinamiche, risultanti dall'interazione tra *copynorms* e legge sul diritto d'autore. Le *copynorms* possono sostenere o contrastare il controllo esclusivo derivante dal *copyright*. I problemi maggiori, chiaramente, sussistono nel caso in cui esse operino nel senso di minare il dettato legislativo, distaccandosene anche in maniera significativa in relazione al suo contenuto precettivo. Abbiamo visto che l'ipotesi in cui questo problema di discrepanza è maggiormente avvertito è quello del *file-sharing* illegale, cioè lo scambio non autorizzato di materiale protetto da *copyright*. La legge proibisce la copia e la distribuzione di tali opere protette dal diritto d'autore, mentre le *copynorms* sostengono ed autorizzano questo stesso

comportamento rigorosamente vietato dalla legge, anzi definendolo socialmente e moralmente accettabile.

Come risolvere questo dilemma? Date le premesse sulla forza persuasiva delle norme sociali e, in questo settore, delle *copynorms*, sembrerebbe impossibile poter uscire da questa *impasse*. Come convincere milioni di persone che è giusto obbedire alla legge ed a quanto stabilito da un'autorità statale piuttosto che obbedire ad una pratica sociale largamente diffusa tra i propri simili ed apparentemente così priva di immoralità né degna di biasimo? Le *copynorms* supportano il *file-sharing* e lo fanno in maniera molto efficace. Si tratta di un'ipotesi di normatività descrittiva potentissima: le persone tengono quel comportamento perché si rendono conto che 1) tutti intorno a loro fanno altrettanto, 2) nessuno dei loro consimili li biasima per quel comportamento (cioè non opera alcuna sanzione sociale reputazionale o non reputazionale che potrebbe indurre la cessazione di quel comportamento). Il risultato è l'operare endemico ed incontrastato di una norma sociale potentissima, che sovrasta ed indebolisce in maniera quasi inevitabile il dettato legislativo. La legge non può nulla di fronte alla convinzione di milioni di persone che quello che stanno facendo non è sbagliato né immorale.

Ma non esiste proprio nessuna soluzione a questo dilemma?

Nel corso dell'opera si è cercato di dare una risposta a quest'ultimo quesito. Un nodo difficile da sciogliere, perché ci si trova in un contesto che sembra presentare un insieme di peculiarità convergenti nel medesimo momento e luogo: una tecnologia carismatica che persuade gli utenti a condividere il materiale protetto dal diritto d'autore (mi riferisco ai *software* di *file-sharing* come Napster e successori), che consente di soddisfare in pochi secondi un desiderio immediato di musica, *film* o libri a costo zero, una sempre maggiore velocità delle connessioni *internet* e minori costi per rimanere collegati alla Rete. Tutto questo contribuisce a generare una sorta di normalizzazione dell'illegalità, molto solida e difficile da smantellare.

Come si è puntualmente rilevato nell'ultimo capitolo della presente ricerca, i tentativi per contrastare questo fenomeno ci sono stati, e anche

numerosi. Le azioni giudiziarie intentate dall'industria dell'intrattenimento hanno cercato di colpire il fenomeno "file-sharing" su tutti i fronti. Dapprima cercando di distruggere la tecnologia che lo supporta (cioè i programmi di *file-sharing*), poi spostandosi sui produttori di tali tecnologie, citandoli in giudizio lamentando una loro responsabilità indiretta per induzione alla violazione del *copyright* (vedi i casi Grokster e Limewire) e, successivamente, quasi in maniera disperata, tentando di colpire direttamente i singoli utenti dei sistemi *peer-to-peer*, portando nelle aule dei tribunali migliaia di consumatori e *cybernauti* rei di aver assecondato una delle pratiche sociali di *internet* maggiormente radicate in questo secolo.

Le strategie di deterrenza non hanno funzionato. E non poteva essere altrimenti. È così che va nel momento in cui si tenta di combattere un fenomeno che trova legittimazione in una norma sociale così diffusa e condivisa tra le persone. La legge, d'altronde, è rispettata dalle persone principalmente per due ragioni: la prima ragione è la paura delle sanzioni, l'altra la coincidenza della legge con le convinzioni personali, morali e le attitudini sociali del suo destinatario. Messa in questi termini la questione sembra delineata in maniera troppo semplicistica, ma il nucleo del discorso è proprio questo: dato che nel caso del *file-sharing* il rischio di essere scoperti e puniti è molto basso, e comunque la percezione delle persone di poter essere scoperti è statisticamente molto bassa. Ecco che una delle due ragioni per rispettare la legge possiamo dire che sia stata messa fuori uso e le strategie della deterrenza sono destinate a fallire. L'altra ragione è altrettanto fuori gioco, perché le persone non ritengono affatto che rispettare la legge sul *copyright* sia la cosa giusta da fare: non vi è alcun supporto morale a quella legge.

Sulla base di queste conclusioni, si è reso necessario trovare altre vie per sconfiggere, o quanto meno per ridurre, la portata dello scambio non autorizzato di contenuti protetti dal *copyright*. Nel corso del lavoro si è visto come l'unica soluzione al problema del *file-sharing* è possibile riscontrarla nel tentativo di modificare le attuali *copynorms pro-file-sharing* in *copynorms pro-copyright*. Bisogna cercare di convincere le persone che rispettare la legge sul *copyright* non

è solo vietato, ma anche moralmente e socialmente riprovevole: solo in questo modo sarà possibile riallineare il contenuto normativo espresso dalla legge e dalle norme sociali, e quindi sperare in un contenimento effettivo del fenomeno del *file-sharing*.

Si è visto come questo obiettivo sia stato perseguito da una serie di strategie di tipo normativo, le quali puntano proprio a modificare le norme sociali attualmente a sostegno del *file-sharing*. È un obiettivo molto ambizioso, ma chi scrive ritiene che talune di tali strategie abbiano colto nel segno ed abbiano determinato, se non un mutamento della norma sociale in un senso *pro-copyright*, quanto meno una riduzione dell'*appeal* esercitato dai *software* di *file-sharing*.

Si fa principalmente riferimento ad alcune strategie di tipo adattivo, che hanno offerto ai consumatori un'alternativa legale allo scaricamento dalle reti *peer-to-peer* di materiale protetto dal diritto d'autore. Su questo punto Steve Jobs, fondatore di Apple, dimostrò ancora una volta il suo sconfinato genio e la sua lungimiranza, quando nel 2003 lancio l'iTunes Store, un negozio di musica digitale dove chiunque poteva scaricare legalmente musica al prezzo di un dollaro per brano. Una rivoluzione che avrebbe lasciato il segno, soprattutto in tutti coloro i quali scaricavano illegalmente perché non gli si prospettava un'alternativa, perché quello era l'unico modo per avere musica "fluida", istantanea, senza code, senza supporti fisici e restrizioni sul numero di canzoni da acquistare. È chiaro che l'alternativa illegale, cioè il *file-sharing* rimane comunque appetibile all'occhio del consumatore orientato al comportamento puramente egoistico: scaricare una canzone gratis costa pur sempre di meno, in termini economici, che pagare un dollaro per averla legalmente.

Un'altra tipologia di strategia che si ritiene possa fare la differenza è quella che prevede la creazione, come peraltro già accade, di servizi di intrattenimento *on-demand* o tramite abbonamenti forfettari. Si fa riferimento a quelle numerose iniziative che oggi pervadono il mercato e che consentono a chi voglia di noleggiare un *film* direttamente da *internet* per pochi euro, prospettandosi ancora una volta come alternativa legale alla pirateria digitale,

oppure ai servizi attraverso i quali, pagando una quota mensile fissa, è possibile ascoltare musica o scaricare contenuti multimediali e d'intrattenimento senza limiti di quantità. Forse il futuro del *copyright* sta proprio in queste iniziative che assecondano il fenomeno, più che contrastarlo. Iniziative che fanno leva sulla stessa tecnologia che ha reso celebri le reti *peer-to-peer* e il fenomeno del *file-sharing*.

Le campagne pubblicitarie di educazione alla legalità possono altresì contribuire a ridurre il fenomeno, anche se in misura molto minore rispetto alle strategie adattive. A parere di chi scrive, l'aspetto più importante riguarda il tipo di messaggio che viene trasmesso dai *media*. Non deve essere quello sbagliato: quello, cioè, di un popolo di selvaggi che scaricano migliaia di brani musicali illegalmente, distruggendo la creatività. Il messaggio corretto è quello ambivalente, che ricorda come rispettare la legge sul *copyright* sia la cosa giusta da fare e che questo è ciò che la maggior parte delle persone sta già facendo, ma che nel contempo rammenti che i trasgressori vengono perseguiti vigorosamente.

Il futuro del *copyright* è legato a doppio filo con la tecnologia e con la sua inarrestabile evoluzione. Tentare di arginare lo sviluppo della tecnologia è impossibile e lo stesso si può dire per le norme sociali, le quali una volta che hanno messo radici sono difficili da estirpare. Ma una luce è intravedibile alla fine del tunnel. Una luce emanata dall'operare di una combinazione tra strategie deterrenti, che seppur scarsamente inefficaci non sono del tutto inutili, perché idonee a far centro nel senso di dovere di qualcuno. A queste danno un forte contributo le strategie persuasive e adattive, che hanno dimostrato la capacità di assecondare le *copynorms* a sostegno del *file-sharing* e capaci indirettamente di indebolire, dall'interno e lentamente, tali norme.

Il percorso da compiere è ancora lungo e tortuoso. Chi scrive spera che questo lavoro possa contribuire ad acuire la consapevolezza dell'importante ruolo svolto dalle norme sociali nel contesto del diritto d'autore, allo scopo di poter correttamente dimensionare gli interventi legislativi e conformare la legge in maniera efficace. Non sempre misure repressive più estese producono i

risultati sperati. A volte l'unica soluzione è assecondare il fluire delle pratiche sociali e coglierne gli aspetti migliori: il futuro del *copyright* consiste anche in questo.

Bibliografia

- ABBAGNANO N., voce *Norma*, in *Dizionario di filosofia*, Torino, 1998
- ADAR E., HUBERMAN B.A., *Free Riding on Gnutella*, First Monday, 2000
- AMBROSETTI G., NEGRO C., voce *Norma*, in AA. VV., *Enciclopedia filosofica*, Centro di Studi Filosofici di Gallarate, vol. IV, II ed., Firenze, 1968
- AUSTIN J.L., *How to Do Things with Words*, Oxford, 1962
- AXELROD R., *The Evolution of Cooperation*, New York, 1984
- AXELROD R., *An Evolutionary Approach to Norms*, 80 AM. POLIT. SCI. REV. 1095 (1986)
- BAGNASCO A., BARBAGLI M., CAVALLI A., *Corso di sociologia*, Bologna, 2007
- BARLOW J.P., *The Next Economy of Ideas*, Wired, Ottobre 2000, disponibile all'URL: <http://www.wired.com/wired/archive/8.10/download.html>
- BARTOW A., *Electrifying Copyright Norms and Making Cyberspace More Like a Book*, 48 VILL. L. REV. 103 (2003), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=368180>
- BASU K., *Social Norms and The Law*, in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, New York, 1998
- BENKLER Y., *La ricchezza della rete. La produzione sociale trasforma il mercato e aumenta le libertà*, Milano, 2007
- BERNSTEIN L., *Opting Out of The Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry*, 21 J. LEGAL STUD. 115 (1992)
- BERTELLI B., *Devianza e vittimizzazione. Teorie eziologiche e del controllo sociale*, II ed., Trento, 2002

- BICCHIERI C., MULDOON R., *Social Norms*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford, 2011, disponibile all'URL: <http://plato.stanford.edu/index.html>
- BICCHIERI C., *The Grammar of Society. The Nature and Dynamics of Social Norms*, Cambridge, 2006
- BLAU P., voce *Scambio sociale*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Vol. VIII, Roma, 1996
- BOBBIO N., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994
- BOILER D., *Lo sviluppo del paradigma dei beni comuni*, in HESS C., OSTROM E. (a cura di), *La conoscenza come bene comune: dalla teoria alla pratica*, Milano, 2009
- BOYLE J., *Merton liberato? Accesso libero e decentralizzato a materiali culturali e scientifici*, in HESS C., OSTROM E. (a cura di), *La conoscenza come bene comune: dalla teoria alla pratica*, Milano, 2009
- BUCCAFUSCO C.J., *On the Legal Consequences of Sauces: Should Thomas Keller's Recipes Be Per Se Copyrightable?*, 24 CARDOZO ARTS & ENT. L. J. 1121 (2007)
- CARLSON A.E., *Classifying Social Norms*, in CHEN J. (ed.), *The Jurisdynamics of Environmental Protection: Change and the Pragmatic Voice in Environmental Law*, Washington, 2003, disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=466002>
- CASO R., *Plagio, diritto d'autore e rivoluzioni tecnologiche*, in CASO R. (a cura di), *Plagio e creatività: un dialogo tra diritto e altri saperi*, Trento, 2011, disponibile all'URL: <http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00002278/>
- CASO R., *Relazione introduttiva. Forme di controllo delle informazioni digitali: il Digital Rights Management*, in CASO R. (a cura di), *Digital Rights Management: problemi teorici e prospettive applicative: atti del Convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento il 21 ed il 22 marzo 2007*, Trento, 2008, disponibile all'URL: <http://eprints.biblio.unitn.it>
- CATANIA A., *Manuale di teoria generale del diritto*, Roma-Bari, 2010
- CIALDINI R.B., KALLGREEN C.A., RAYMOND R., *A Focus Theory of Normative Conduct: A Theoretical Refinement and Reevaluation of the Role of Norms in Human Behavior*, 24 ADV. EXP. SOC. PSYCHOL. 201 (1991)

- COLAZZO C., *Diritto e creatività musicale. Verso il mondo della complessità e del digitale*, in CASO R. (a cura di), *Plagio e creatività: un dialogo tra diritto e altri saperi*, Trento, 2011, disponibile all'URL: <http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00002278/>
- COOTER R., MATTEI U., MONATERI P.G., PARDOLESI R., ULEN T., *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile, I. Fondamenti*, II ed., Bologna, 2006
- COOTER R., MATTEI U., MONATERI P.G., PARDOLESI R., ULEN T., *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile, II. Applicazioni*, II ed., Bologna, 2006
- COOTER R., *Decentralized Law for a Complex Economy: The Structural Approach to Adjudicating the New Law Merchant*, 144 U. PENN. LAW. REV. 1643 (1996)
- COOTER R., *Do Good Laws Make Good Citizens? An Economic Analysis of Internalized Norms*, 86 VA. L. REV. 1577 (2000)
- COOTER R., *Normative Failure Theory of Law*, 82 CORNELL L. REV. 947 (1997)
- COOTER R., *Three Effects of Social Norms on Law: Expression, Deterrence, and Internalization*, 79 OR. L. REV. 1 (2000)
- DAM K., *Self-Help in the Digital Jungle*, 28 J. LEGAL STUD. 393 (1999), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=157448>
- DE ANGELIS D., *La tutela giuridica delle opere musicali digitali*, Milano, 2005
- DORE G., *Plagio e norme sociali*, in CASO R. (a cura di), *Plagio e creatività: un dialogo tra diritto e altri saperi*, Trento, 2011, disponibile all'URL: <http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00002278/>
- DURKHEIM E., *Il suicidio. L'educazione morale*, Torino, 1969, 306
- EISENBERG R., *Proprietary Rights and the Norms of Science in Biotechnology Research*, 97 YALE LAW J. 177 (1987)
- ELICKSON R.C., *Law and Economics Discovers Social Norms*, 27 J. LEGAL STUD. 537 (1998)

- ELICKSON R.C., *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Cambridge Mass., 1991
- ELICKSON R.C., *The Evolution of Social Norms: A Perspective from the Legal Academy*, in HECHTER M., OPP K.D. (ed), *Social Norms*, New York, 2001
- ELICKSON R.C., *The Market for Social Norms*, 3 AM. L. & ECON. REV. 1 (2001)
- ELSTER J., *Il cemento della società: uno studio sull'ordine sociale*, Bologna, 1995
- ETZIONI A., *Social Norms: Internalization, Persuasion, and History*, 34 LAW & SOC'Y REV. 157 (2000), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=1438172>
- FALCON G., *Lineamenti di diritto pubblico*, IX ed., Padova, 2006
- FAGUNDES D., *Talk Derby to Me: Intellectual Property Norms Governing Roller Derby Pseudonyms*, 90 TEX. L. REV. 1093 (2012)
- FAUCHART E., VON HIPPEL E., *Norms-based intellectual property systems: the case of French chefs*, MIT Sloan Research Paper No. 4576-06 (2006), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=881781>
- FELDMAN Y., HAREL A., *Social Norms, Self-interest and Ambiguity of Legal Norms: An Experimental Analysis of the Rule v. Standard Dilemma*, 4 REV. LAW & ECON. 1 (2008), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=989216>
- FELDMAN Y., MACCOUN R.J., *Some Well-Aged Wines for the "New Norms" Bottles: Implications of Social Psychology for Law and Economics*, in PARISI F., VERNON L. (ed), *The Law and Economics of Irrational Behavior*, Stanford, 2005
- FELDMAN Y., NADLER J., *Expressive Law and File Sharing Norms*, 43 SAN DIEGO L. REV. 577 (2006), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=799364>
- FELDMAN Y., *Five Models of Regulatory Compliance Motivation: Empirical Findings and Normative Implications*, in LEVI-FAUR D. (ed), *Handbook on the Politics of Regulation*, Cheltenham 2011, disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=1633602>

- FERRARI V., voce *Norme e sanzioni sociali*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Vol. VI, Roma, 1996
- FESTA R., *Come evolvono le norme sociali: la prospettiva della teoria dei giochi*, in *Biblioteca della libertà*, 2001, XXXVI
- FITZGERALD B., O'BRIEN D., FITZGERALD A., *Search Engine Liability for Copyright Infringement* in SPINK A., ZIMMER M. (ed), *Web Search. Multidisciplinary Perspectives*, Springer, 2008
- FROSIO G.F., *Google Books Rejected: Taking the Orphans to the Digital Public Library of Alexandria*, 28 SANTA CLARA COMPUTER & HIGH TECH. L.J. 81 (2011), disponibile all'URL: <http://digitalcommons.law.scu.edu/chtj/vol28/iss1/3/>
- FRY B., *Why Typefaces Proliferate Without Copyright Protection*, 8 J. TELECOMM. & HIGH TECH. L. 425 (2010), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=1443491>
- GALLINO L., *Dizionario di sociologia*, II ed., Torino, 2006
- GASAWAY L.N., *Values Conflict in the Digital Environment: Librarians Versus Copyright Holders*, 24 COLUM.-VLA J. L. & ARTS 115 (2000)
- GEISINGER A., *Are Norms Efficient? Pluralistic Ignorance, Heuristic and the use of Norms as Private Regulation*, 57 ALA. L. REV. 1 (2005)
- GERVAIS, D.J., *The Price of Social Norms: Towards a Licensing Regime for File-Sharing*, 12 J. INTEL. PROP. L. 39 (2005), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=525083>
- GHOSH S., *Come costruire un bene comune: la proprietà intellettuale è limitante, agevolante o irrilevante?*, in HESS C., OSTROM E. (a cura di), *La conoscenza come bene comune: dalla teoria alla pratica*, Milano, 2009
- GOLDMAN E., *The Challenges of Regulating Warehousing Trading*, 23 SOC. SCI. COMPUT. REVIEW 24 (2005), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=652702>

- GREEN S.P., *Plagiarism, Norms, and the Limits of Theft Law: Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Intellectual Property Rights*, 54 HASTINGS LAW J. 167 (2002), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=315562>
- GREENE K.J., 'Copynorms', *Black Cultural Production, and the Debate Over African-American Reparations*, 25 CARDOZO ARTS & ENT. L. J. 1179 (2008), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=1478119>
- GRIMMELMANN J., *How to Fix the Google Book Search Settlement*, 12 J. INTERNET L. 1 (2009)
- HAMILTON M.A., *The TRIPS Agreement: Imperialistic, Outdated, and Overprotective*, 29 VAND. J. TRANSNAT'L L. 613 (1996)
- HART H.L.A., *Il concetto di diritto*, Torino, 1991
- HATCHER S.A., *Curb Center Special Feature: The Music Industry's Failed Attempt to Influence File Sharing Norms*, 7 VAND. J. ENT. K. & PRAC. 10 (2004)
- HAYEK F.A., *Legge, legislazione e libertà. Una nuova enunciazione dei principi liberali della giustizia e della economia politica*, Milano, 1986
- HAZUCHA B., *Enablement of Copyright Infringement: A Role of Social Norms in the Regulation of Dual-Use Technologies*, 24 INTELL. PROP. L. & POL'Y 49 (2009), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=1462261>
- HECHTER M., OPP K.D., *What Have we Learned about the Emergence of Social Norms?*, in HECHTER M., OPP K.D. (ed), *Social Norms*, New York, 2001
- HORNE C., *Sociological Perspectives on the Emergence of Social Norms*, in HECHTER M., OPP K.D. (ed), *Social Norms*, New York, 2001
- HUBBARD W., *Inventing Norms*, 44 CONN. L. REV. 1 (2011), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=1713459>
- IZZO U., *Alle origini del copyright e del diritto d'autore. Tecnologia, interessi e cambiamento giuridico*, Roma, 2010

- JENSEN C., *The More Things Change, the More They Stay the Same: Copyright, Digital Technology, and Social Norms*, 56 STAN. L. REV. 531 (2003)
- KAHAN D.M., *Gentle Nudges vs. Hard Shoves: Solving the Sticky Norms Problem*, 67 U. CHI. L. REV 607 (2000)
- KAHAN D.M., *The Logic of Reciprocity: Trust, Collective Action, and Law*, 81 B. U. L. REV. 333 (2001)
- KAHAN D.M., *What Do Alternative Sanctions Mean?*, 63 U. CHI. L. REV. 591 (1996)
- KELMAN H.C., *Compliance, Identification and Internalization Three Processes Of Attitude Change*, 2 J. CONFLICT RESOL. 51 (1958)
- KELSEN H., *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1990
- KELSEN H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1966
- KIEFF F.S., *Facilitating Scientific Research: Intellectual Property Rights and the Norms of Science - A Response to Rai and Eisenberg*, 95 NW. U. L. REV. 691 (2000), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=240955>
- LAMETTI D., *On creativity, copying and intellectual property*, in CASO R. (a cura di), *Plagio e creatività: un dialogo tra diritto e altri saperi*, Trento, 2011, disponibile all'URL: <http://eprints.biblio.unitn.it/archive/00002278/>
- LAMETTI D., *The Virtuous P(eer): Reflections on the Ethics of File Sharing*, LEVER A. (ed), *New Frontiers in the Philosophy of Intellectual Property*, Cambridge, 2011, disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=1889165>
- LANDES W.M., POSNER R.A., *An Economic Analysis of Copyright Law*, 18 J. LEGAL STUD. 325 (1989)
- LARSSON S., *Metaphors and Norms – Understanding Copyright Law in a Digital Society*, Lund University, 2011
- LEMLEY M.A., TANGRI R.K., *An Antitrust Assessment of the Google Book Search Settlement, Working Paper*, (2009), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=1431555>

- LEMLEY M.A., REESE R.A., *Reducing Digital Copyright Infringement Without Restricting Innovation*, 56 STAN. L. REV. 135 (2004), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=525662>
- LESSIG L., *Free Culture. How Big Media Uses Technology and Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, New York, 2004, disponibile in licenza CC all'URL: <http://www.free-culture.cc/freeculture.pdf>
- LESSIG L., *Il futuro delle idee*, Milano, 2006
- LESSIG L., *Remix. Il futuro del copyright (e delle nuove generazioni)*, Milano, 2009
- LESSIG L., *The Death of Cyberspace*, 57 WASH. & LEE L. REV. 337 (2000)
- LESSIG L., *The New Chicago School*, 27 J. LEGAL STUD. 661 (1998)
- LESSIG L., *The Regulation of Social Meaning*, 62 U. CHI. L. REV. 943 (1995)
- LESSIG L., *Social Meaning and Social Norms*, 144 U. PA. L. REV. 2181 (1996)
- LEVINE P., *L'azione collettiva l'impegno civile e i beni comuni della conoscenza*, in HESS C., OSTROM E. (a cura di), *La conoscenza come bene comune: dalla teoria alla pratica*, Milano, 2009
- LEVY S., *Hackers. Gli eroi della rivoluzione informatica*, Milano, 2002.
- LIANG C.Y., ADERMON A., *Piracy, Music, and Movies: A Natural Experiment*, IFN Working Paper No. 854 (2011), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=1752224>
- LOSHIN J., *Secrets Revealed: How Magicians Protect Intellectual Property Without Law*, in CORCOS C.A., *Law and Magic: A Collection of Essays*, Durham, 2010, disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=1005564>
- MACAULAY S., *Non-contractual Relations in Business: A preliminary Study*, 28 Am. Soc. Rev. 55 (1963)
- MADISON M.J., *Of Coase and Comics, or, The Comedy of Copyright*, 95 VA. L. REV. 27 (2009), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=1397657>

- MAHONEY P.G., SANCHIRICO C.W., *Competing Norms and Social Evolution: Is the Fittest Norm Efficient?*, 149 U. PA. L. REV. 2027 (2001), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=229694>
- MAJOR A.M., *Norm Origin and Development in Cyberspace: Models of Cybernorm evolution*, 78 WASH. U. L.Q. 59 (2000)
- MAZZIOTTI DI CELSO M., voce *Norma giuridica*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XXI, Roma, 1990
- MCADAMS R.H., RASMUSEN E.B., *Norms in Law and Economics*, in POLINSKY A.M., SHAVELL S. (ed), *Handbook of Law and Economics*, Amsterdam, 2007, disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=580843>
- MCADAMS R.H., *The Origin, Development, and Regulation of Norms*, 96 MICH. L. REV. 338 (1997)
- MERGES R.P. et al., *Intellectual Property in the New Technological Age*, New York, 2003.
- MILLER E., FEIGENBAUM J., *Taking the Copy Out of Copyright*, in *Proceedings of the 2001 ACM Workshop on Security and Privacy in Digital Rights Management Lecture Notes in Computer Science*, vol. 2320 (2002)
- MODUGNO F., voce *Norma giuridica*, in AA.VV., *Enciclopedia del diritto*, vol. XXVIII, Milano, 1980
- MOORE R., McMULLAN E.C., *Perceptions of Peer-to-Peer File Sharing Among University Students*, 11 J. CRIM. JUST. & POPULAR CULTURE 1 (2004)
- NERI G., *Sticky Fingers or Sticky Norms? Unauthorized Music Downloading and Unsettled Social Norms*, 93 GEO. L. J. 733 (2005)
- NETANEL N.W., *Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing*, 17 HARV. J. L. & TECH. 1 (2003), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=468180>
- NOMAN J., *Staying Alive: Can the Recording Industry Survive Peer-to-Peer?*, 26 COLUM.-VLA J. L. & ARTS 371 (2003)

OBERHOLZER-GEE F., STRUMPF K., *File Sharing and Copyright*, in LERNER J., STERN S. (ed), *Innovation Policy and the Economy*, Cambridge, 2010, disponibile all'URL: <http://www.nber.org/chapters/c11764>

OETTINGER E.R., *Copyright Laws and Copying Practices*, University of Carolina, Chapel Hill, 1968

OLIAR D., SPRIGMAN C., *From Corn to Norms: How IP Entitlements Affect What Stand-Up Comedians Create*, 95 VA. L. REV. IN BRIEF 57 (2009), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=1406067>

OLIAR D., SPRIGMAN C., *There's No Free Laugh (Anymore): The Emergence of Intellectual Property Norms and the Transformation of Stand-Up Comedy*, 94 VA. L. REV. 1787 (2008), disponibile all'URL: <http://ssrn.com/abstract=1138376>

The Student Paper Series of the Trento Lawtech Research Group is published since Fall 2010

<http://www.lawtech.jus.unitn.it/index.php/student-paper-series?start=1>

Freely downloadable papers already published:

STUDENT PAPER N.9

L'export vitivinicolo negli Stati Uniti: regole di settore e prassi contrattuali con particolare riferimento al caso del Prosecco = Exporting Wines to the United States: Rules and Contractual Practices with Specific Reference to the Case of Prosecco. *Alessandra, Zuccato* (2012) Trento: Università degli Studi di Trento (Trento Law and Technology Research Group. Student Papers Series, 9)

STUDENT PAPER N.8

Equo compenso e diritto d'autore: un'analisi comparata = Fair Compensation and Author's Rights: a Comparative Analysis. *Ruggero, Brogi* (2011) Trento: Università degli Studi di Trento (Trento Law and Technology Research Group. Student Papers Series, 8)

STUDENT PAPER N.7

Evoluzione tecnologica e mutamento del concetto di plagio nella musica = Technological evolution and change of the notion of plagiarism in music *Trevisa, Andrea* (2012) Trento: Università degli Studi di Trento (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series 7)

STUDENT PAPER N.6

Il trasferimento tecnologico università-imprese: profili giuridici ed economici = University-Enterprises Technological Transfer: legal and economic issues *Siragna, Sara* (2011) Trento: Università degli Studi di Trento (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series 6)

STUDENT PAPER N.5

Conciliare la responsabilità medica: il modello "generalista" italiano a confronto col modello "specializzato" francese = Mediation & Medical Liability: The Italian "General Approach" Compared to the Specialized Model Applied in France

Guerrini, Susanna (2011) Trento: Università degli Studi di Trento (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series 5)

STUDENT PAPER N.4

“Gun Control” e Responsabilità Civile: una comparazione fra Stati Uniti e Italia = Gun Control and Tort Liability: A Comparison between the U.S. and Italy

Podetti, Massimiliano (2011) Trento: Università degli Studi di Trento. - (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series 4)

STUDENT PAPER N.3

Smart Foods e Integratori Alimentari: Profili di Regolamentazione e Responsabilità in una comparazione tra Europa e Stati Uniti = Smart Foods and Dietary Supplements: Regulatory and Civil Liability Issues in a Comparison between Europe and United States

Togni, Enrico (2011) Trento: Università degli Studi di Trento - (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series; 3)

STUDENT PAPER N.2

Il ruolo della responsabilità civile nella famiglia: una comparazione tra Italia e Francia = The Role of Tort Law within the Family: A Comparison between Italy and France

Sartor, Marta (2010) Trento: Università degli Studi di Trento - (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series; 2)

STUDENT PAPER N.1

Tecnologie belliche e danno al proprio combattente: il ruolo della responsabilità civile in una comparazione fra il caso statunitense dell’Agent Orange e il caso italiano dell’uranio impoverito = War Technologies and Home Soldiers Injuries: The Role of Tort Law in a Comparison between the American “Agent Orange” and the Italian “Depleted Uranium” Litigations

Rizzetto, Federico (2010) Trento: Università degli Studi di Trento - (Trento Law and Technology Research Group. Students Paper Series; 1)
